



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA**

**A PROPRIEDADE SEM REGISTRO: O CONTRATO E A AQUISIÇÃO DA  
PROPRIEDADE IMÓVEL NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

**CURITIBA**

**2014**

**ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA**

**A PROPRIEDADE SEM REGISTRO: O CONTRATO E A AQUISIÇÃO DA  
PROPRIEDADE IMÓVEL NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

**Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior**

**CURITIBA**

**2014**

S586p

Silva, Alexandre Barbosa da

A propriedade sem registro: o contrato e a aquisição da propriedade imóvel na perspectiva civil-constitucional / Alexandre Barbosa da Silva; orientador: Eroulths Cortiano Junior. – Curitiba, 2014.

307 f.

Bibliografia: f. 283-307.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2014.

1. Direito constitucional 2. Direito civil 3. Registro de imóveis. 4. Propriedade. I. Cortiano Junior, Eroulths. II. Título.

CDU 347.235

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

A PROPRIEDADE SEM REGISTRO: O CONTRATO E A AQUISIÇÃO DA  
PROPRIEDADE IMÓVEL NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em  
Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR

Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota  
Centro Universitário de Brasília - UNICEUB

Curitiba, 11 de agosto de 2014.

*Dedico este trabalho a Alcina Maria de Jesus, mãe amorosa e dedicada, sentido maior do meu amor nesta vida, que um dia fez uma promessa e hoje a vê cumprida, certamente de um lugar maravilhoso, de onde sempre irá me acompanhar e inspirar.*

*Dedico também ao meu pai, Ruy Barbosa da Silva, meu primeiro e eterno professor de Direito, referência de ética e bondade.*

## **AGRADECIMENTOS**

Pelos caminhos percorridos até a finalização desta tese, muitas foram as pessoas especiais que participaram da minha vida, me inspiraram, me ajudaram e tornaram mais leve e agradável a caminhada.

Estela Sponchiado, namorada amorosa e compreensiva, que entendeu meu propósito e me apoiou ao longo desses quatro anos, mesmo nos diversos momentos em que estive ausente.

Professor Doutor Eroulths Cortiano Junior, meu orientador, querido amigo que muito me inspira e que com sabedoria e excessiva paciência me conduziu até este feliz momento.

Professor Catedrático Doutor António Joaquim Matos Pinto Monteiro, meu orientador no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior, que com grande carinho e elevada generosidade me acolheu no período de estudos na Universidade de Coimbra.

Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, que igualmente me recebeu na Universidade de Coimbra, com máxima dedicação e permanente apoio nas atividades académicas.

Ao amigo André de Melo Delgado, companheiro de todas as horas.

À Jéssica Celuppi, dedicada colega do labor diário, que sem sua inestimável colaboração, os últimos quase dois anos teriam sido muito mais difíceis.

À Univel, minha casa de estudos e de constante aprimoramento, todos os colegas Professores, Direção e Funcionários, especialmente nas pessoas de Elizabet Leal da Silva e Viviane da Silva, que não mediram esforços para facilitar a minha vida de professor durante o período do Doutorado.

Aos amigos da Procuradoria Geral do Estado do Paraná em Cascavel, parceiros na Advocacia Pública e na Vida, que muito se sacrificaram, em silêncio, para me socorrer no dia a dia de nossas atividades.

A todos os Professores e Funcionários da Universidade Federal do Paraná, que hoje considero também minha casa, pelos ensinamentos e constante disposição em me ajudar na trajetória.

Aos amigos Mércia Miranda Vasconcellos Cunha, Maurício Timm do Vale, Phillip Gil França e Ricardo Lucas Calderón, pela parceria em Curitiba, pelas dicas de estudo e pela amizade verdadeira.

À Capes, pelo auxílio que tornou possível meus Estudos Doutoriais em Coimbra.

Ao final, agradeço a todos os meus alunos, que nesses 18 anos de docência mais me ensinaram do que eu a eles. Por vocês estou aqui.

*Todo o trabalho é vazio a não ser que haja amor.*

Gibran Khalil Gibran



## RESUMO

SILVA, Alexandre Barbosa da. **A propriedade sem registro: o contrato e a aquisição da propriedade imóvel na perspectiva civil-constitucional**. 307p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. 2014.

Esta tese objetiva uma releitura da obrigatoriedade do registro nas aquisições da propriedade imóvel, a partir do reconhecimento do contrato como dotado de função social, que realiza, igualmente, a função social como liberdade de acesso aos bens. A propriedade imobiliária no Direito Civil brasileiro está qualificada como direito real, conforme o art. 1225, I, do Código Civil, e sua transferência negocial se orienta pelo sistema da separação parcial dos planos dos direitos obrigacionais e reais, o qual prevê a necessidade do contrato de transmissão (compra e venda, doação ou permuta) com posterior registro no Cartório Imobiliário, nos termos do art. 1245 e seguintes. A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade, que deve atender à sua função social, considerando-a como direito fundamental (art. 5.º, XXII e XXIII) e como princípio geral da ordem econômica (art. 170, II e III). A necessária interação entre o Direito Civil e a Constituição, sob a supremacia hierárquica desta, conduz a entender que o direito de propriedade atual, para além da literalidade do Código Civil, deve nortear-se pela sintonia entre ambos os diplomas legais, mas a partir da observação dos princípios e dos valores constitucionais. O Direito Civil-Constitucional surge, então, como uma opção de desenvolvimento do pensamento jurídico, que visa oferecer espaço de reflexão que supere a dogmática unicamente codificada, pois, com fundamento nos princípios e na axiologia constitucional, auxilia na ressignificação de institutos clássicos, como a propriedade e o contrato. O acesso à propriedade, então, pode ser considerado para além da letra da lei, o que permite relevar o registro, com a funcionalização do contrato que, a partir de sua teleologia, da solidariedade, da alteridade e da boa-fé, pode ser o elemento constitutivo da propriedade, com base no caso concreto. A aplicação direta e imediata da Constituição nas relações interprivadas favorece a ressignificação do contrato, que alçará significado de título suficiente para garantir o direito à propriedade (acesso). A complexidade e a pluralidade das relações sociais conduzem a uma transição do modelo abstrato e individualista da propriedade para o da propriedade concreta, que se constrói na funcionalização como liberdade(s) com vistas à realização das necessidades da pessoa concretamente considerada.

**Palavras-chave:** Direito Civil-Constitucional. Contrato e Registro. Propriedade. Propriedade sem Registro.

## ABSTRACT

SILVA, Alexandre Barbosa da. **Property without registration:** contract and acquisition of immovable property in civil-constitucional perspective. 307p. PhD Dissertation submitted for the fulfillment of the requirements for degree of doctor of posgraduation program – Paraná Federal University – UFPR, Curitiba. 2014.

The aim of this thesis is to re-read the mandatory registration on acquisition of immovable property, from the social function of contract's recognition, which also performs its social function as freedom of access to assets. The immovable property in the Brazilian Civil Law is qualified as a real right, according to art. 1225, I, Civil Code, and its negotiating transferring is guided by the partial separation between obligations and real rights, which predicts the registration of transmission's contract (sale, donation or exchange) with the state registration authority, according to art. 1245 and on Civil Code. The 1988 Federal Constitution guarantees the right to property, which must meet its social function, considering it as a fundamental right (art. 5, XXII and XXIII) and as a general principle of economic order (art. 170, II and III). The necessary interaction between the civil law and the Constitution, under the hierarchical supremacy of this leads to understand that the current property law, beyond its literal meaning of the Civil Code, shall be guided by the line between the two enactments, but from the observation of constitutional principles and values. The Civil-constitutional Law arises, then, as an option for legal thinking development, which aims to provide a reflection space that overcomes the consolidated dogmatic, therefore, on the basis of principles and the constitutional axiology, assists in reframing classical institutes, as property and contract. The access to the property can then be considered beyond the letter of the law, which allows to release the register, with the functionalization's contract which, from its teleology, solidarity, alterity and good faith, may be the constituent element of the property, based on the case. The direct and immediate constitutional applying in privates relations cooperate to the contract redefinition, which obtain the sufficient title to guarantee the right to property (access). The complexity and plurality of social relations lead to a transition from abstract and individualistic model of property to concrete one which is constructed on functionalization as freedom (s) to intending to accomplish persons needs concretely considered.

**Keywords:** Civil-constitutional Law. contract and register. Property. Property without registration.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
 <b>PRIMEIRA PARTE – O DIREITO DE PROPRIEDADE E SEU PARADIGMA DE CONSTRUÇÃO: A SEGURANÇA JURÍDICA</b>	
<b>1 A TITULARIDADE SOBRE IMÓVEIS NO TEMPO E NO ESPAÇO: NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....</b>	<b>32</b>
1.1 A PROPRIEDADE NO ANTIGO REGIME: O FEUDALISMO .....	33
1.2 A MODERNIDADE E O PAPEL DA BURGUESIA NA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PROPRIETÁRIO.....	41
1.3 A ERA DAS CODIFICAÇÕES: A ABSTRAÇÃO E O INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO COMO SEGURANÇA .....	47
1.4 BRASIL: DAS SESMARIAS À PROPRIEDADE CODIFICADA .....	53
<b>2 AS ESTRUTURAS CLÁSSICAS DO DISCURSO PROPRIETÁRIO .....</b>	<b>78</b>
2.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PLANOS OBRIGACIONAIS E REAIS .....	82
2.1.1 A separação absoluta e relativa dos planos .....	85
2.1.2 O consensualismo e a força do contrato de transmissão imobiliária .....	95
2.2 O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES COMO VÍNCULO ENTRE OS CONTRATANTES.....	99
2.3 OS DIREITOS REAIS: RELAÇÕES DA PESSOA COM A COISA E O DEVER GERAL DE ABSTENÇÃO .....	102
2.4 A POSSE NO CONTEXTO DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL...	104
<b>3 A TÉCNICA DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA UNICAMENTE PELO REGISTRO NO BRASIL: UMA CRISE DISCRETA.....</b>	<b>112</b>
3.1 A QUESTÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE IMÓVEL COMO PROBLEMA SOCIAL: OS COMPROMISSOS POLÍTICOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROPRIEDADE E A MORADIA .....	115
3.2 O ATUAL QUADRO DA AQUISIÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA NO BRASIL: EXEMPLOS DA PROBLEMÁTICA EM CURSO .....	124

## **SEGUNDA PARTE – O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E AS TITULARIDADES: O DIREITO PROPRIETÁRIO EM RECONSTRUÇÃO**

<b>1 DO INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO À FUNCIONALIZAÇÃO .....</b>	<b>132</b>
1.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE .....	144
1.2 A FUNÇÃO COMO LIBERDADE NA ESFERA PROPRIETÁRIA .....	154
1.3 DISTINÇÕES ENTRE PROPRIEDADE E DOMÍNIO PARA UMA MELHOR COMPREENSÃO DA FUNCIONALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	163
1.4 A NECESSIDADE DE UMA REORDENAÇÃO TELEOLÓGICA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DE SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	172
<b>2 O CONTRATO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL: A SUPERAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PLANOS NO BRASIL .....</b>	<b>180</b>
2.1 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE CONTRATO E SEUS ELEMENTOS INFORMADORES.....	182
2.1.1 Solidariedade, alteridade e eticidade.....	190
2.2 CRÍTICA À SEPARAÇÃO DOS PLANOS: A COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	209
2.2.1 A crítica de Darcy Bessone e a obrigação como processo em Clóvis do Couto e Silva .....	216
2.2.2 O contrato como constitutivo da propriedade por sua estrutura completa ...	226
2.3 A FUNCIONALIZAÇÃO COMO RELEITURA TELEOLÓGICA DO CONTRATO.....	236
<b>3 O CONTRATO IMOBILIÁRIO COMO FINALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE.....</b>	<b>243</b>
3.1 O CONTRATO COMO "SIGNIFICANTE" E O TÍTULO APTO À AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE COMO "SIGNIFICADO": A FORMA COMO REALIZADORA DA SUBSTÂNCIA PARA ALÉM DA ABSTRAÇÃO OITOCENTISTA .....	245
3.2 A POSSE COMO ELEMENTO CONSTRUTOR DA PROPRIEDADE: A MELHOR VALIA SOCIAL DA PROPRIEDADE AOS CONSIDERADOS "NÃO PROPRIETÁRIOS" .....	262

3.3	A NOVA PERSPECTIVA DE SEGURANÇA NA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELO CONTRATO .....	264
3.4	O PAPEL DO INTÉRPRETE NA REALIZAÇÃO DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS DE ACESSO À PROPRIEDADE: CAMINHOS PARA A TOMADA DE DECISÃO .....	269
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	279
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	283

## INTRODUÇÃO

### **Por um Novo Pensamento Proprietário**

O direito à propriedade sobre bens imóveis é assunto de relevância para o Direito Civil, especialmente por merecer destaque na Constituição como direito fundamental, que objetiva viabilizar condições dignas de vida para as pessoas, bem como fomentar o desenvolvimento econômico do país.

O acesso a essa espécie proprietária acontece por diferentes meios descritos no Código Civil, mas o que se deseja problematizar em estudo é a transmissão inter vivos, que se verifica pela via dos contratos de compra e venda, doação e permuta.

Referidas atividades negociais são especificadas no direito positivo de maneira exaustiva e solene, visto que devem se desenvolver mediante uma esfera dúplice, o contrato e o registro no albo imobiliário, que se revelam em dois momentos distintos, mas que precisam se complementar.

O bem imóvel somente será transferido ao adquirente no momento em que se promover o registro da escritura pública ou, excepcionalmente, particular – em negócios de baixo valor – junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Esse o sistema que vigora no direito brasileiro, com fundamento no art. 1245 e seguintes do Código Civil de 2002, que o recebeu integralmente da codificação de 1916.

A Constituição de 1988, por sua vez, compôs o sistema jurídico com uma ampla gama de princípios e de valores que refletem compromissos do Estado Democrático de Direito com a qualidade de vida das pessoas, aliada ao desenvolvimento da sociedade. Dentre eles pode-se destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da liberdade, da igualdade e da garantia da propriedade, que se promove mediante o atendimento de sua função social.

Nesse contexto, a reflexão que cabe suscitar é se o modelo de apropriação imobiliária codificado está em sintonia com as promessas constitucionais de liberdade substancial e de acesso à propriedade, que se colocam como imprescindíveis para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

O sistema de aquisição imobiliária pelo registro é realidade no Brasil desde 1916, mas com anterior embrião na Constituição de 1824 e na Lei de Terras de

1850. A Constituição imperial foi a primeira do Brasil e já fez constar o direito à propriedade, ao referir-se a imóveis, seguida da Lei de Terras que estatuiu o primeiro formato de registro.

A Lei de Hipotecas, posteriormente, conferiu a necessidade de registro como forma de individualizar os imóveis, com intuito de propiciar segurança às relações econômicas que tinham por garantia essa espécie de bem.

O Código Civil de 1916 inaugura a obrigatoriedade do registro como constitutivo da propriedade imóvel, por meio do sistema do "título e modo", com a bipartição da transferência em uma escritura com seu obrigatório registro no serviço público imobiliário. Trata-se do modelo que se perfaz na teoria da separação dos planos obrigacionais e reais.

Os desafios da contemporaneidade, no entanto, frequentemente têm colocado à prova esse formato legal – cuja concepção remonta aos oitocentos –, mormente por não considerar a complexidade e a pluralidade dos tempos atuais, que exigem novas alternativas para diferentes situações.

É preciso submeter os assuntos polêmicos e de difícil solução, que se mantêm à margem das previsões legais e jurisprudenciais, a uma análise de concretude e, valendo-se de recursos hermenêuticos-constructivos, recuperar o potencial de criatividade que nasce do discurso organizado a partir de valores como ética e justiça.

Para essa providencia, importante buscar-se inovadores mecanismos que sejam adequados a atender a toda essa cadeia de fatos e acontecimentos, não previstos pelo direito legislado. A Constituição Federal é o *locus* jurídico onde se localizam esses ferramentais de trabalho hermenêutico, de índole construtiva e prospectiva, a garantir a satisfação das situações jurídicas existenciais e patrimoniais que envolvem as pessoas com o grupo social.

A Carta Maior concede força normativa aos fatos, a partir da resignificação de institutos fundamentais do Direito, para que seus comandos se concretizem e, para além do direito abstrato anterior, realizem as expectativas de vida da pessoa realisticamente considerada.

O desafio do jurista e do intérprete está exatamente em contribuir para a realização dessas situações concretas. Na proposição ora em introdução, o que se sugere é o acesso ao direito de propriedade imóvel por meio de contrato efetivado com atenção a um conjunto de comportamentos éticos e fulcrado na realidade,

para além do formalismo registral, como forma de atender teleologicamente às intencionalidades havidas nas situações subjetivas que o compõem.

Cabe, para tanto, apresentar-se recentes teorias que reconstroem as noções de contrato, propriedade e função. A partir delas, é possível justificar e densificar os motivos pelos quais, hoje, o contrato é – na análise do caso concreto – título adequado a transferir a propriedade imóvel, ainda que sem posterior registro.

A valorização das realidades de cada sujeito, consideradas na perspectiva, também, do outro, desvela o tom dessa construção teórico-prática. A alteridade, a solidariedade e a boa-fé são os elementos edificadores e que preenchem o conteúdo da função social, que regra o trânsito jurídico e as titularidades a partir da ideologia constitucional.

O Direito Civil que intenta essa revisão de significantes e significados, visando à efetivação da substância, fora da abstração e do formalismo, é o Direito Civil-Constitucional, que, forte na principiologia e nos valores da Constituição, tem por objetivo apresentar novos pontos de reflexão e (re)formulação do pensamento jurídico.

Luiz Edson Fachin explica objetivamente o que se pretendeu afirmar:

Não se trata de uma reciclagem apenas funcional dos parâmetros do Direito Civil, mas sim de uma recomposição do vínculo e da dedicação a partir de um redimensionamento dos afazeres didáticos e de pesquisa. Mirada na sociedade contemporânea, acolhe como motivação a não reprodução de saberes, no intercâmbio e na independência de novas fontes de investigação. Na complexidade, esse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade, ao lado da recuperação discursiva de valores como ética e justiça. Um ensaio pode ser caminho aconselhável para encontrar interrogações que entrelaçam o Direito Civil e a sociedade. Precisão e rigor não se confundem, necessariamente, no trato dos signos e conceitos jurídicos, com formalismo excessivo e despropositado. É certo que o saber jurídico que se encastela em definições e abstrações pode ser impreciso e negligente com o seu tempo. Daí porque o tradicional se opõe ao contemporâneo, mas este não pode nem deve negligenciar o clássico. A crítica ao Direito Civil, sob essa visão, deve ser a introdução diferenciada a estatutos fundamentais, na explicitação de limites e possibilidades que emergem da indisfarçável crise do Direito Privado. É uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.5-6.



Esta a tônica do presente trabalho: a perspectiva de uma nova consideração do acesso à propriedade imóvel, pelo fundamento da superação do Direito estático e oitocentista pela contemporânea concepção de um Direito Civil de índole constitucional, que esteja à disposição do bem viver e da realidade.

## A Constitucionalização do Direito Civil como Fundamento Reflexivo

Pietro Perlingieri, um dos primeiros autores a pensar o direito privado na perspectiva constitucional<sup>2</sup>, inicia sua mais conhecida obra traduzida para o português, dizendo que

o estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido 'privado' – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e complexidade do fenômeno social.<sup>3</sup>

Esse é o exato alcance que se pretende dar ao que, desde finais da década de 1980, notáveis juristas brasileiros designam por Direito Civil-Constitucional, ou seja, a consideração de elementos que facultem a leitura do Direito Civil com as lentes da Constituição, a partir do reconhecimento da pluralidade e complexidade da sociedade contemporânea.

Luiz Edson Fachin, acerca do tema, aduz: "Na complexidade, esse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade, ao lado da recuperação discursiva de valores como ética e justiça."<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Como lembra Paulo Nalin, desde a década de sessenta o autor se debruça sobre os estudos do direito civil na perspectiva constitucional, a partir de importantes obras como: *Produzione Scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare* (1969), *Norma costituzionale e rapporti di diritto civile* (1979), *Il Diritto Civile Nella Legalità Costituzionale*, entre outros. (NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.29-30). Vide, de Paulo Nalin, a mesma obra em sua edição traduzida para o italiano: NALIN, Paulo. **Del contratto concetto postmoderno (alla ricerca della sua formulazione nella prospettiva civile-constituzionale)**. Lisboa: Juruá, 2013. p.29-30.

<sup>3</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.1.

<sup>4</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.5.

Maria Celina Bodin de Moraes, na mesma sintonia, orienta:

Assim é que qualquer norma ou cláusula geral, por mais insignificante que pareça, se deve coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob esta ótica as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Transforma-se, em consequência, o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja amplamente tutelada. A transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista e empresarial (numa palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, privilegiados pela Constituição, se tornam, no âmbito do direito civil, prioritários.<sup>5</sup>

Paulo Lôbo, sobre a temática, expõe:

A constitucionalização do direito civil, no Brasil, é um fenômeno doutrinário que tomou corpo, principalmente a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressão das transformações sociais. Disseminou-se a convicção da insuficiência da codificação, e até mesmo da superação de sua função, ante a complexidade da vida contemporânea e o advento de microssistemas jurídicos pluridisciplinares, como o direito do consumidor, o direito ambiental, os direitos da criança, do adolescente e do idoso.<sup>6</sup>

Gustavo Tepedino, igualmente, firma a ideia de que os valores e princípios constitucionais devam orientar a análise do Código. Veja:

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O Código Civil de 2002 deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que, em última análise, significa a abertura do sistema – não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um *microclima* de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional.

---

<sup>5</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.15.

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p.39.

Portanto, as relações jurídicas de Direito Privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.<sup>7</sup>

A compreensão dessa nova metodologia de análise do Direito Civil, qualifica-se pela primazia da pessoa, com a valorização da liberdade, da diversidade e das específicas necessidades individuais, que no mais das vezes o direito clássico codificado não consegue alcançar.

A pessoa que se quer proteger sob esse viés, não é mais a abstrata do Estado Liberal, mas a de carne e osso, que precisa receber do Direito uma resposta única a seu caso concreto, ainda que a norma infraconstitucional não alcance sua pretensão, uma vez que participa de sistema jurídico que se coloca como democrático de Direito.

O Código Civil de 2002, declarado por Miguel Reale como a "constituição do homem comum", em verdade, mantém a mesma estrutura de caráter abstrato, individualista e patrimonialista, de pretensão totalizante, do Código Beviláqua de 1916, em que pese o reconhecido esforço e justificativa do codificador em tentar imprimir ao texto "a estrutura e as atribuições do Estado em função do ser humano e da sociedade civil."<sup>8</sup>

Manteve, entretanto, o mesmo propósito que norteou a codificação anterior, ao pretender "cuidar de preferência das normais gerais consagradas ao longo do tempo, ou então, de regras novas dotadas de plausível certeza e segurança, não podendo dar guarida, incontinenti, a todas as inovações ocorrentes."<sup>9</sup> A pretensão de segurança e totalização da lei como ordenamento completo é típica dos oitocentos, e não tem mais espaço na contemporânea e líquida atmosfera deste século XXI.

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). **Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009. p.45.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p.3.

<sup>9</sup> *Id.*

Note-se que o Código Civil entra em vigor 15 anos após a promulgação da Constituição, mas, ainda assim, não é suficiente para reproduzir seu conteúdo de maneira coerente com um sistema jurídico que pretende ser igualitário, democrático e solidário. Em outras palavras, é uma lei que se preocupa demasiadamente em manter o *status quo* das aparentes liberdades da modernidade, com a rígida estruturação da família, do contrato e da propriedade.

Mantém-se, sob sua égide, a crise do Direito já apontada pelos autores acima, também por Paolo Grossi<sup>10</sup>, Pietro Barcellona<sup>11</sup> e Pietro Perlingieri<sup>12</sup>, que, a

---

<sup>10</sup> "Mesmo existindo a hipótese de uma lei dos indivíduos a ele paralela, o Código permanece inserido em uma dimensão autoritária. Recentemente foi medida a respeitabilidade da fonte 'Código' em referência aos conteúdos, mas o substancial autoritarismo está em outro lugar, na exigência centralizadora do Estado monoclasa, no seu consequente panlegalismo, na mitificação do legislador que surge quase como um Zeus fulminante do Olimpo, onisciente e onipotente, na mitificação do momento de produção do direito como momento da revelação da vontade do legislador. E é um autoritarismo que intensifica a incomunicabilidade entre Código e sociedade civil, já que, a respeito das incessantes transformações socioeconômicas, o Código inevitavelmente permanece um pedaço de papel cada vez mais velho e cada vez mais alienado." (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.131).

<sup>11</sup> Falando sobre o "divórcio do direito e da justiça com o desenvolvimento cultural da modernidade", Pietro Barcellona refere-se à técnica – que pode ser entendida como formas fechadas – como algo rígido e que limita as potencialidades humanas. Veja: *"El saber moderno es hipotético, provisional, revisable, como el cálculo tecnológico. La verdad es potencia de la técnica, potencia de los instrumentos, control de la naturaleza. Pero como la técnica es por definición negación de toda verdad definitiva, la civilización occidental está destinada a la angustia más radical. Toda felicidad, todo bienestar conseguido por el sistema científico-tecnológico, son inseguros. Toda lógica que pretenda dar un fundamento a esta seguridad es, inevitablemente, insegura, precisamente porque está destinada a ser hipotética."* (BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p.29). (Tradução livre: "O saber moderno é hipotético, provisional e revisável, como o cálculo tecnológico. A verdade é potência e técnica, potência dos instrumentos, controle da natureza. Como a técnica é por definição negação de toda a verdade definitiva, a civilização ocidental está destinada à angustia mais radical. Toda felicidade, todo bem estar alcançado pelo sistema científico-tecnológico, são inseguros. Toda lógica que pretenda dar um fundamento a essa segurança é, inevitavelmente, insegura, precisamente porque está destinada a ser hipotética.")

<sup>12</sup> Pietro Perlingieri, na mesma sintonia, após tratar da superação do formalismo e do conceitualismo na hermenêutica, fala da necessária análise constitucional dos assuntos: *"Il superamento del formalismo e del concettualismo nell'ermeneutica presuppone che la teoria dell'interpretazione sia prospettabile no sub specie aeternitatis ma in forma storica e relativa strettamente dipendente soprattutto dall'ingegneria costituzionale dei poteri dello Stato e più ampiamente dall'organizzazione socio-giuridica dei poteri, dai valori che rappresentano il patto costitutivo di tale organizzazione e quindi dalla gerarchia delle fonti con rilevanza normativa, e infine dalle relative tecniche legislative. È indispensabile pertanto, a) Riconoscere che 'la costituzione, come ogni altra legge, è sempre e anzitutto un atto normativo, che contiene disposizioni precettive' e che 'tanto i giudici ordinari, nel risolvere sulla base di norme costituzionali le controversie sottoposte alla loro decisione, quanto i giudici costituzionali, operati come interpreti 'autorizzati' della costituzione e come giudici di costituzionalità della legge, si trovano pur sempre vincolati dai testi costituzionali'."* (PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**,

partir da perspectiva do direito europeu, igualmente forte no legalismo abstrato e de índole codificante, é, também, incapaz de humanizar-se para atender às necessidades da pessoa.

António Castanheira Neves, na mesma sequência de ideias, entende que

o pensamento jurídico está em crise porque ruiu o sistematismo dogmático-conceitual próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo legalista do séc. XIX. E porque está em crise, estamos hoje também num momento histórico-cultural de investigação metodológico-jurídica.<sup>13</sup>

Aludida conturbação tem lugar, especialmente, no fato da impotência dos Códigos em renovar-se cotidianamente<sup>14</sup>, o que é muito mais fácil ao texto constitucional, em virtude de sua natureza principiológica que consegue dialogar frequentemente com a sociedade, por meio dos motes interpretativos e hermenêuticos havidos nas escolas de Direito, nos tribunais e em todos os ambientes produtores de ciência jurídica.

Toda essa conformação logicista – fruto do pós-revolução francesa, cujas ideias que iluminaram o *Code Napoléon* influenciaram sobremaneira o Código Civil de 1916 – primava pela formal divisão da esfera pública em relação à privada, trazendo à tona um dogma de incomunicabilidade que até hoje insiste em se afirmar.<sup>15</sup> Isso

---

Rio de Janeiro, v.31, p.82-83, 2000). (Tradução livre: “A superação do formalismo e do conceitualismo na hermenêutica pressupõe que a teoria da interpretação se apresenta não como *sub specie aeternitatis*, mas como forma histórica e relativa, estritamente dependente, sobretudo, da ingerência constitucional dos poderes do Estado e mais amplamente da organização sócio-jurídica dos poderes, dos valores que representam o pacto constitutivo de tal organização e depois da garantia das fontes como relevância normativa, e finalmente da técnica legislativa. É indispensável, portanto: a) Reconhecer que ‘a constituição, como qualquer outra lei é sempre e antes de tudo um ato normativo, que contém disposições prescritivas’ e que ‘tanto os juízes ordinários, ao decidir as controvérsias submetidas à sua decisão, sob o fundamento das normas constitucionais’, estão subordinados, como os juízes constitucionais, a interpretações autorizadas pela Constituição e como juízes de constitucionalidade da lei, se encontram sempre vinculados aos testes constitucionais.”)

<sup>13</sup> NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.25.

<sup>14</sup> A esse propósito, a contribuição de Eliseu Figueira: "Quando se fala em *crise* do direito isso quer significar, não o enfraquecimento do ordenamento normativo como operador na solução dos conflitos, sintoma de uma sociedade onde a espontaneidade harmônica dos comportamentos se traduza na realização utópica de uma sociedade sem direito, mas pelo contrário significa o encerramento de um ciclo histórico para o qual o homem, no seu poder criativo, forjou um sistema jurídico adequado ao funcionamento da sociedade onde uma classe ascendente de comerciantes e pequenos industriais se opusera a um regime de classes privilegiadas, reclamando liberdade e igualdade de direitos." (FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989. p.17).

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p.39.

gerava uma grande dificuldade de se pensar o momento presente, com suas demandas diferenciadas, em que frequentemente o público e o privado se misturam nas atitudes de gestores e atores do momento político, jurídico e social.

Essa dicotomia, no entanto, é posta em xeque a partir do fenômeno constitucionalizante, ganhando contornos de publicização da esfera privada.<sup>16</sup>

O desenvolvimento das teorias de efetivação dos direitos fundamentais – quer na individualidade, quer no âmbito social –, e a queda do paradigma da programaticidade do fenômeno constitucional são fatores que influenciaram de maneira relevante na constitucionalização dos ramos do direito e, como não poderia deixar de ser, do Direito Civil.

A necessidade de atuação do público na proteção e fiscalização do privado, como, por exemplo, nos contratos de massa, nas garantias do consumidor, na exigência de que a propriedade cumpra sua função social, são exemplos da dificuldade de manter-se a dicotomia. À Constituição, como determinante dessas intervenções públicas, cumpre o mister de realização protetiva da pessoa, na medida em que elege a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo.<sup>17</sup>

A constitucionalização, portanto, aproximando o público do privado, promove a alteração do paradigma mitológico da autonomia privada moderna, que nada mais significou do que uma ilusão de liberdade.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Como bem afirmou Eroulths Cortiano Júnior: "No mundo marcado pela distinção entre Estado e sociedade civil, entre Direito Público e Direito Privado, entre o jardim e a praça, a regulação jurídica dos assuntos privados – portanto da família, da propriedade e do contrato – era deixada para o Código Civil (a Constituição do homem privado). Desde pelo menos o início do século XIX este mundo é abandonado: o Estado interfere na sociedade civil, rompe-se a tradicional distinção entre vida pública e vida privada, e o Direito Privado se publiciza. No que interessa aqui, constitucionaliza-se o direito civil: família, propriedade e contrato migram para a Constituição, que passa a exigir produção legislativa compatível com seu programa e produz efeitos no plano interpretativo do Direito Privado." (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. A Constituição, o direito privado e a posse. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**: ensaios para recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.150).

<sup>17</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.155-158.

<sup>18</sup> Em sentido extremo da ideia de aproximação do direito público e do privado, afirma Gregório Assagra de Almeida a não recepção da dicotomia pela Constituição, uma vez que o Direito Constitucional está acima e é ponto unificador da única dicotomia possível, que é a dos direitos coletivos e dos direitos individuais. (ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.608-620).

Por isso a Constituição deve ser o ponto de partida para a análise de quaisquer temas de Direito e, como aqui o assunto são as titularidades no Direito Civil, focar-se-á neste propósito.

Para tanto, existem algumas premissas de ordem metodológica, muito bem explicadas por Gustavo Tepedino<sup>19</sup>, e que terão o fito de auxiliar na construção dos fundamentos desta tese. Pretende-se, a partir delas, suprir eventual argumento no sentido de que a proposta de constitucionalização não encontre razoável estruturação lógica, ainda que, naturalmente, esta proposta ideológica não se centre no apego aos conceitos e estruturas típicas do Direito Civil clássico, oriundo da pandectística ou das teorias oitocentistas e novecentistas, mas sua superação pela funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil.

Não obstante, de todos é conhecida a necessidade de construção coerente dos fundamentos de qualquer proposta minimamente séria, e esses afazeres metodológicos terão por finalidade essa demonstração.

Aclare-se que Gustavo Tepedino parte da premissa, de que o Direito Civil concebido a partir do *Code Napoléon* e do Código de 1916 é fruto de uma doutrina

---

<sup>19</sup> Aludidas premissas foram apresentadas em aula inaugural do ano acadêmico de 1992 da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 12 de março de 1992, que teve como justificativa inicial o seguinte: "Já é terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou ao estado contemplativo de parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui ou acolá. Parece, ao revés, imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição. E as presentes reflexões, sob título deselegante e deliberadamente dúbio, a provocar compreensível suspeita quanto ao despreço de seu autor pelas raízes históricas do direito civil, querem suscitar, ao contrário, resposta a duas indagações, com as quais pretendo me desincumbir da honrosa tarefa que me foi confiada pela Congregação de nossa querida Faculdade de Direito. A primeira delas: qual o papel do Código Civil nos dias atuais? A segunda: como compatibilizá-lo, do ponto de vista hermenêutico, com as leis especiais e com a Constituição da República? As respostas de certa maneira poderão servir para que melhor se compreenda o exato significado dos adjetivos que vêm acompanhando, cada vez com maior frequência, o direito privado, tido, por inúmeras vezes, como socializado, publicizado, constitucionalizado, despatrimonializado. Tais designações estariam a significar, afinal, uma absorção do direito privado pelo direito público ou, muito ao contrário, indicariam tão-somente uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos – do direito privado e do direito público –, a exigir do intérprete redobrado esforço elaborativo para compreender o fenômeno?" (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.1-2).

individualista e voluntarista, cujo valor fundamental era o patrimônio, como tentativa de alcançar segurança negada pelo antigo regime. A pretensão de completude do Código nasce dessa expectativa de segurança, em que o indivíduo era livre para negociar, sem a perigosa intervenção do Estado, sempre como senhor absoluto de seus bens e interesses. A lei balizava os negócios e todos eram livres para agir a partir de seus exatos termos.<sup>20</sup>

Ocorre que, com o passar do tempo e a exigência das demandas sociais, começam a surgir leis extravagantes, a partir da necessidade de soluções objetivas para assuntos específicos, e o Código vai perdendo seu espaço de norma única e de "constituição do direito privado", especialmente pelo fenômeno das mudanças políticas que promovem a intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais.<sup>21</sup> A Constituição de 1988, portanto, democrática, traz consigo uma série de diplomas normativos (os "Estatutos"), que virão a disciplinar assuntos pontuais, mas a partir de uma modificação de técnica legislativa, como, por exemplo, as normas abertas.

Esta, portanto, a primeira característica da nova metodologia do Direito atual: a substituição do modelo hermético (tipo específico, que descumprido gera sanção) pelo formato de cláusulas gerais, mais abrangentes e abertas. Cabe, agora, ao intérprete condicionar as normas às situações de fato, em fuga da lógica silogística restritiva e excludente.<sup>22</sup>

O segundo traço consiste na modificação da linguagem empregada pelo legislador, agora menos jurídica e mais específica de cada área de concentração (exemplo da informática e dos negócios empresariais), o que vai exigir do intérprete maior dedicação a temas pontuais. A linguagem codificada era universal ao jurista e fora dela não era necessário enveredar. Agora, caberá ao hermeneuta a tarefa de detalhar a técnica e aplicar a norma ao caso.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.2-3.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p.7.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.9.

<sup>23</sup> *Id.*



A norma típica dos estatutos fica menos repressiva e mais orientativa, incentivando seus destinatários a determinadas práticas antes obtidas mediante sanção. Por esta terceira característica, caberá ao novo intérprete ser criativo para aproveitar ao máximo suas potencialidades.<sup>24</sup>

Como quarta característica, o formato contemporâneo de legislação não mais se limita a disciplinar as relações patrimoniais. Na esteira da Constituição, os estatutos tendem a dispor formas de realização da pessoa humana, tutelando a dignidade. Pode-se ver claramente isso no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso, entre outros.<sup>25</sup>

O quinto traço característico do novo Direito para além do Código Civil está no caráter contratual dos estatutos, ou seja, os códigos tendem – como era o de 1916 e não é diverso o de 2002 – a fixar formas muito rígidas de organizações de determinados entes, como por exemplo, associações, sindicatos, etc., ao passo que as leis especiais flexibilizam o formato, permitindo maior possibilidade de decisão aos atores sociais.<sup>26</sup>

Com essas cinco intervenções empreendidas pela Constituição de 1988, que se fizeram mostrar a partir do ato de legislar por estatutos, entende Gustavo Tepedino, com base na leitura de Natalino Irti, que o Direito Civil perde sua cômoda unidade sistemática derivada do Código Civil de 1916, o que, levada às últimas consequências, representa

grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão.<sup>27</sup>

A partir desses vários caminhos possíveis – Código Civil e farta legislação estatutária –, que muitas vezes entram em conflito e, além disso, retiraram da

---

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.9.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p.10.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.12.

codificação seu caráter unificante, entende o autor carioca que, diante da preocupação da Constituição em definir princípios e valores bastante específicos visando tutelar as relações de Direito Civil, particularmente a propriedade, a proteção da personalidade, das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família, forçoso que o intérprete consiga "redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição". Assim, ainda, que se reconheça a existência desses "universos legislativos setoriais", torna-se possível manter a unidade do sistema, "deslocando-se para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil."<sup>28</sup>

Em outras palavras, diante da pluralidade legislativa pós-1988, bem como dos novos desafios que se impõe ao jurista, com as novas demandas da sociedade, em constante transformação, nada mais tecnicamente correto do que buscar na essência das promessas constitucionais a fonte maior dos fundamentos do Direito.

Ademais, um Estado que pretende ser democrático de Direito não tem a opção de efetivar os princípios e promessas consolidadas em sua Constituição, de maneira que deve haver, indubitavelmente, a prévia fundamentação dos temas na carta maior e, em momento posterior, na legislação infraconstitucional, ainda que seja o tradicional Código Civil.

Retomando a reflexão de Gustavo Tepedino, após promover a especificação de assuntos ligados à criança e ao adolescente, à propriedade e outras temáticas constitucionais e legais, estas havidas no Código e em estatutos, deixa claro que civilista deve, na atividade interpretativa, superar o que denomina "preconceitos" que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Deve o civilista, nesse sequência de ideias: a) aplicar diretamente os princípios e valores constitucionais aos casos concretos; b) não confundir princípios constitucionais com princípios gerais de direito, sob pena de inversão da hierarquia, uma vez que os princípios gerais são os da legislação infraconstitucional; c) acostumar-se às disposições abertas, às cláusulas gerais, uma vez que era acostumado às descrições casuísticas e específicas da lei; d) deixar de lado a *summa divisio* entre direito público e direito privado.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.10-13.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p.18-22.

A constitucionalização do Direito Civil, como bem frisa Paulo Nalin, "não é o único mas, sim, representa um dos caminhos possíveis para a eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados."<sup>30</sup>

Para além de toda essa justificativa metodológica, tão coerentemente edificada por Gustavo Tepedino, retomem-se os relevantes motivos descritos por Pietro Perlingieri, Luiz Edson Fachin e Paulo Lôbo linhas atrás, que assinalam para a tendência (já realidade) de uma civilística construída na perspectiva constitucional, quais sejam, a complexidade e a pluralidade dos modos de vida no contexto da sociedade contemporânea.

A democracia é o espaço da diversidade e o Brasil tem-se revelado um país muito mais plural do que se poderia imaginar há poucos anos. O longo período de ditadura fez calar a voz e tolher as individualidades. Com a abertura política do final da década de 1980, e sua consolidação com as garantias fundamentais da magna Carta, abre-se um imprescindível espaço para as mais heterogêneas manifestações culturais, sociais e individuais.

A liberdade gera o questionamento e com ele a dúvida, o que faz com que alguns axiomas sejam superados – especialmente as falácias – tornando a pessoa mais crítica e cônica de suas potencialidades. O sentimento de justiça, até então adormecido, vem à tona, e a necessidade de satisfazer interesses fica latente. Daí questionar-se as normas existentes, sua adequação, ou não, ao que é tido como justo, que de individual passa ao coletivo.<sup>31</sup>

O sentimento que vem tomando forma no ideário das pessoas de uns anos para cá, por conta das promessas políticas constitucionais de igualdade, dignidade, solidariedade, direito à saúde e à educação – apenas para mencionar alguns exemplos – é o de que tais situações saiam do "papel" e tornem-se realidade. O argumento liberal de que a Constituição guarda "programas" e "normas de eficácia

---

<sup>30</sup> Aliás, para uma mais completa visão das premissas eleitas por Gustavo Tepedino, com breves adequações pertinentes, vide: NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.32-43. Especificamente sobre o trecho mencionado no texto, vide p.32. Na edição italiana, p.32.

<sup>31</sup> Nesse sentido: ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

restrita ou contida", sem possibilidades de efetivação, já não convence e a exigência legítima da sociedade é pela concretização dos Direitos.

Os Códigos, e em especial o Civil, ainda que datado de 2002, trazem concepções da década de 1960, restringindo uma série desses desejos sociais prometidos pela Constituição, que passam a ser objeto de judicialização, na medida em que, pelo esforço do próprio convencimento, não se vence o debate. E esta lei não atende a esses anseios desde a sua entrada em vigor, tanto que centenas de emendas pendem de votação no Congresso Nacional, iniciadas, algumas, em tramitação, ainda no período de vacância.

O Direito Civil-Constitucional, consciente dessa incompletude do modelo legal, fomenta estudos e aprofundamentos tendentes a extrair da Constituição a solução dos litígios aparentemente sem resolução no plano da superfície codificada. É chegado o tempo de evitar-se, ao máximo das forças, a negativa das pretensões às pessoas. A lei, isolada e assistemática, não tem mais esse poder.

Inúmeros são os casos atuais de questionamento do direito posto, em especial do codificado, por motivo de prejuízos à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade. O Supremo Tribunal Federal tem sido chamado à responsabilidade de efetivar a Constituição a casos concretos não amparados – ou expressamente vedados – por dispositivos do Código Civil. As uniões homoafetivas, as famílias em suas múltiplas formações, a possibilidade de interrupção de gravidez, o reconhecimento de revisões contratuais, a garantia de propriedade fora dos modos típicos da lei, são apenas algumas hipóteses.

Não que se pretenda criar um "novo ramo do direito"<sup>32</sup>, um Direito Civil diferenciado, ao contrário, quer-se reforçar a importância dos conteúdos da disciplina, mas permitindo-lhe evoluir para além da clausura da norma estanque. O que deve

---

<sup>32</sup> Como imagina José Oliveira Ascensão ao mencionar que: "Mas a noção de 'Direito Civil Constitucional' é altamente ambígua. Pode significar um sub-ramo de Direito Constitucional. Pode significar um novo ramo de Direito Civil. E pode significar um terceiro ramo de Direito, além do Direito Civil e do Direito Constitucional. Nenhuma destas acepções é aceitável. Não há novos ramos do Direito objetivo, há apenas a necessidade de coordenar ramos de Direito dentro da necessária unidade da ordem jurídica." (ASCENSÃO, José Oliveira. Panorama e perspectivas do direito civil na união europeia. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.32).

ser objeto de remodelagem, isso, sim, é a mentalidade do intérprete, que precisa se abrir ao novo e ao aprofundamento do conhecimento hermenêutico.

Este o propósito da constitucionalização do Direito Civil: propiciar o acesso, a partir de exame do caso concreto à luz do dispositivo constitucional em seus valores e princípios, possibilitando reconhecer as situações peculiares das pessoas para além do dogmatismo abstrato e excludente.

No sentido de toda essa exposição, a enfática orientação de Ricardo Aronne:

Tal concepção abstratista do Direito, além de contraditória, é refutada pelo próprio sistema jurídico. Este impõe ao intérprete a apreensão da norma vinculada ao caso concreto, compreendida em seu contexto social de aplicação, necessariamente otimizadora do próprio pensar jurídico, para a viabilização da compreensão da essência do fenômeno jurídico em seus efeitos e reflexos, atendendo sua finalidade instrumental de regulação, em consonância com o Estado Social e Democrático de Direito que deve concretizar.<sup>33</sup>

No espaço específico a que se propõe esta tese – questionar a única via legal (art. 1245 do Código Civil) de acesso à propriedade imóvel, oriunda de pactuação, pelo ato formal do registro de imóveis, independentemente da qualidade do contrato e posse do adquirente – somente a humanização propiciada pelo Direito Civil de viés principiológico constitucional é capaz de fundamentar a superação do dado codificado.

Sobre a propriedade e o Direito Civil-Constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes:

Em matéria de propriedade, torna-se essencial a normativa constitucional para a reconstrução, no âmbito das relações privadas, do instituto. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio acarretaram a crise do conceito tradicional e a perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.27.

<sup>34</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.19.

Uma vez mais, como vias de finalização deste item, mister trazer à baila nova contribuição de Luiz Edson Fachin que, de forma clara, resume a perspectiva da hermenêutica ora em apreço:

Nesse sentido, espera-se que a lei vincule todos por igual, mas, no caso da aplicação, de concretização da lei, cabe ao intérprete e aplicador a complementação produtiva do direito por meio de uma ponderação justa do conjunto que lhe foi apresentado.

Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos históricos-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade.

Remarque-se: como a hermenêutica está para além do puro e simples interpretar, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema dialeticamente aberto, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade.<sup>35</sup>

Como será possível apreciar, a fuga da abstração codificada e do estruturalismo do Direito Civil clássico, que se substitui, hoje, pela funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil, como as titularidades, o trânsito jurídico e o projeto parental, são expedientes de utilização obrigatória ao intérprete que tem por fito a realização dos valores existenciais da pessoa.<sup>36</sup> Daí porque a discussão ora em início se constrói a partir da ideia de um Direito Civil-Constitucional.

---

<sup>35</sup> FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.47.

<sup>36</sup> Para ratificar a ideia, interessante o pensamento de John Gilissen sobre a propriedade imóvel e o tempo: "A descrição histórica das situações reais tem sido severamente afectada por utilizações retrospectivas de esquemas conceituais e dogmáticos. Sendo as situações reais, nomeadamente sobre bens imóveis, situações duradouras, elas estão sujeitas a contínuas reinterpretações conceituais. Assim a dogmática oitocentista, dominada pelo paradigma da propriedade absoluta e da oposição público/privado reinterpreto a seu modo as formas de deter coisas herdadas do passado (exemplar, neste plano, a discussão oitocentista sobre os forais); a dogmática do direito comum, por sua vez, já reinterpreto, de acordo com as categorias tardo-medievais e modernas, as fórmulas dos documentos medievais ou as relações reais estabelecidas na prática; por fim, os notários dos sécs. XII e XIII já tinham procurado classificar as situações vividas nos esquemas terminológico-conceituais da *ars notariae*. De tudo isso resulta a necessidade de uma progressiva decapagem da tradição, que nem sempre tem sido levada a cabo pela historiografia dominante, pelo que o panorama actual da história dos direitos reais, também em Portugal, se revela ainda bastante grosseiro, apesar da atenção que tem despertado." (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha e I.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.648).

## **A Construção da Tese**

Com vistas à consecução dos objetivos perseguidos, este trabalho está desenvolvido em duas partes: a primeira presta-se a contextualizar o direito de propriedade atual e seu discurso fundado em um suposto conteúdo de segurança social e individual; a segunda traz os fundamentos para a superação da atual crise discursiva da propriedade – em especial de seu acesso e transmissão – baseados na crítica ao Direito Civil clássico codificado, a partir da perspectiva do Direito Civil-Constitucional.

Interessante especificar melhor essa opção pela dupla via.

A primeira parte tem a intenção de percorrer os caminhos que fizeram instaurar uma ordem proprietária privada no Brasil. Para tanto, inicialmente (capítulo primeiro) são apresentados elementos histórico-políticos que fundaram a ideia de apropriação no Brasil, com participação ativa na construção do discurso proprietário da atualidade.

No segundo capítulo, a imprescindível demonstração do atual estado da arte das estruturas tradicionais que fundamentam o direito de propriedade, com a opção do legislador de 1916 em fixar o sistema da separação parcial dos planos obrigacionais e reais.

Como finalização da parte primeira – em seu capítulo terceiro –, cuida-se de alguns aspectos que retratam a crise do sistema codificado, verificada na impotência em concretizar a promessa constitucional de acesso à propriedade.

Assim, o primeiro momento trilha este caminho: descrever e suscitar reflexões sobre o conteúdo histórico do discurso proprietário, contextualizar seu momento atual e, por fim, apontar a crise do modelo e a necessidade de superação.

A segunda parte do texto tem por objetivos prosseguir no trato das questões que envolvem a propriedade, mormente em seu aspecto de transmissão, partindo-se da ideia de que o modelo em vigência é ultrapassado, se considerado unicamente como descritivo do Código Civil brasileiro de 2002.

O intento é aprofundar os fundamentos que permitem garantir ao não proprietário – ou reforçar a condição do atual dono – o direito à propriedade. Os afazeres se resumem, também, em três capítulos.

O capítulo inicial da segunda parte, destacará a superação do individualismo pela funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo, a

partir da ideia geral de função, passando pela função social como liberdade(s), distinguindo-se, ainda que brevemente, a propriedade do domínio e explicitando a necessidade de uma nova consideração da teleologia da propriedade a partir da função social constitucionalmente desenvolvida.

No segundo, discute-se a nova forma de se conceber o contrato, com sua reordenação conceitual e funcional, que supera a separação dos planos obrigacionais e reais típicos do direito brasileiro imobiliário, findando-se na justificação da necessidade de uma releitura igualmente teleológica do contrato, a partir das situações subjetivas das partes e de não participantes da atividade jurídica (negócio jurídico).

Como terceiro, e último momento deste estudo, o assunto recai sobre a densificação do contrato imobiliário como forma de alcançar a finalidade de transferência dos bens imóveis, mediante a ressignificação dos termos contrato e título hábil à aquisição da propriedade imóvel no Brasil, com a valorização da posse e das novas formas de conceber segurança às atividades negociais imobiliárias. À guisa de encerramento, elencam-se algumas sugestões ao intérprete quanto à análise do contrato como suficiente à aquisição da propriedade imóvel.



**PRIMEIRA PARTE – O DIREITO DE PROPRIEDADE E SEU PARADIGMA DE  
CONSTRUÇÃO: A SEGURANÇA JURÍDICA**

## 1 A TITULARIDADE SOBRE IMÓVEIS NO TEMPO E NO ESPAÇO: NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A relação da pessoa com a terra é das mais antigas na história da humanidade.<sup>37</sup> É do solo que originariamente se extraiu o alimento e dos espaços de território que se organizaram as estruturas de vida, como a habitação e as tradições de cada povo.

Na caminhada civilizatória, os espaços passam a ser objeto de disputas e a fixação de modelos normativos para a apropriação e utilização da terra torna-se indispensável. A esfera territorial avança do solo para outros aspectos de relevância social e econômica, o que induz a uma denominação específica: os bens imóveis.

Conhecer o passado significa transportar toda sua carga de experiências como auxiliar na apreciação do momento presente, o que facilitará a tomada de decisões fundamentais para a edificação do futuro.

Por isso, faz-se indispensável um breve retomar dos modos e das inspirações que serviram à construção do discurso proprietário da atualidade, com seus fundamentos que transitaram da necessidade de manutenção dos povos aos projetos de poder e de exploração econômica. Todo esse itinerário conduzirá à compreensão dos motivos pelos quais a propriedade imóvel atual é sobremaneira valorizada e seu acesso se reveste de acentuado formalismo, visando à segurança do proprietário.

Essencial, para tanto, fixar que o marco temporal eleito para o estudo abrange desde o final do Antigo Regime, passa pela Modernidade até culminar com o momento atual. No que se refere ao espaço objeto de alusão, inicialmente focaliza-se a Europa continental<sup>38</sup>, na medida em que dela procede influência direta

---

<sup>37</sup> Como bem frisa Carlos Frederico Marés: "As sociedades humanas sempre tiveram, em todas as épocas e formas de organização, especial atenção ao uso e ocupação da terra. A razão é óbvia: todas as sociedades tiraram dela seu sustento. E entenda-se sustento tanto o pão de cada dia como a ética refundidora da sociedade. A argamassa espiritual que une uma sociedade flui a partir das condições físicas do território em que o povo habita." (MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.11).

<sup>38</sup> Para justificar a inserção do item 1.1 ao 1.3, em que pese conhecer-se da grande diferença histórica entre o Brasil e a Europa, vale-se do entendimento de Ricardo Marcelo Fonseca: "É certo que a experiência histórica brasileira é muito diversa daquela europeia e por isso devemos tomar cuidado ao importar à realidade luso-americana as categorias utilizadas pelos historiadores que se voltam ao velho mundo. O conceito de feudalismo, por exemplo, é problemático e não funcional quando voltado à realidade colonial brasileira, já que todo o projeto de colonização fazia parte de

na construção do pensamento proprietário brasileiro do "pós-descobrimento", que também será visitado.

A análise, nesse contexto, passará em brevíssima revista ao formato de apropriação imobiliária típico do final do Antigo Regime (feudalismo europeu), com a transição ao Estado Liberal, permitindo-se chegar ao Estado do Bem-Estar Social. Especificamente no Brasil, ficará por conta do período de dominação portuguesa, com suas sesmarias, sobrevivendo a primeira Constituição Federal e a Lei de Terras, culminando com o advento da República e do Código Civil de 1916.

## 1.1 A PROPRIEDADE NO ANTIGO REGIME: O FEUDALISMO

A sociedade feudal se caracterizava por ter nascido "de si mesma", a partir de fatos, e não de uma normatização estatal prévia, com regras jurídicas fixadas de antemão. Sua origem remonta à queda do império do ocidente e as invasões bárbaras, na decadente Europa do século V ao VIII.<sup>39</sup>

A propriedade no modelo feudal estava centralizada nas mãos de um senhor, proprietário<sup>40</sup>, que concedia a exploração da terra a vassalos, em troca de serviços e do cultivo.

Orlando de Carvalho, sobre a transição da propriedade do sistema romano para o que prevaleceu na Idade Média, explica: "Significa isso que o direito das

---

um processo de expansão comercial que era próprio do início do capitalismo. Todavia, isso não deve nos iludir quanto à evidência de que uma completa "modernização" do Brasil é um fato historicamente recente, de modo que a análise das raízes "pré-modernas" da sociedade e do direito brasileiros deve necessariamente estar atenta às vicissitudes econômicas, culturais e políticas de Portugal, que, sendo a "metrópole", deixou à colônia uma complexa herança cultural e institucional trazida das suas raízes europeias. Ou seja, frequentemente é necessário voltar um pouco às raízes culturais portuguesas e europeias a fim de que seja possível compreender as vicissitudes enfrentadas pelo Brasil na sua passagem às noções jurídicas e políticas "modernas" (inclusive à noção moderna de propriedade)." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, v.17, p.98-99, 2005).

<sup>39</sup> Período denominado como "alta idade média". (PERNOUD, Regine. **Los orígenes de la burguesia**. Tradução de Ricardo I. Zelarayán. Buenos Aires: Compañia General Fabril, 1962. p.9).

<sup>40</sup> O modelo de propriedade nesse momento histórico era plural e baseado na realidade da fixação da pessoa à terra, diversamente do sentido individual e abstrato que surgiria com a modernidade. A aquisição da propriedade – que mais parecia com o que hoje se conhece como posse – acontecia por concessões imperiais ou meros apossamentos.

coisas se feudaliza, o que se dá em larga escala com os domínios do Imperador nas regiões mais longínquas do Império."<sup>41</sup> O autor, sobre a forma de apropriação imóvel daquele momento, especifica:

Assim se chega à concepção medieval de propriedade, cabendo ao suserano o domínio e ao vassalo a detenção, a título de tenência ou de locação perpétua. Com o andar dos tempos, o que inicialmente seria precário tendeu a definitivo, pelo que, com o renascimento do direito romano, fácil foi aos juristas cobrirem com a fórmula enfiteutica situações que praticamente correspondiam como que a um desmembramento do *dominium* do senhor (ficando a este o *dominium directum* e ao vassalo o *dominium utile*).<sup>42</sup>

Diante da inexistência de um poder público central e organizado, as pessoas carentes de recursos buscavam o apoio daqueles que haviam conseguido manter a terra, única riqueza possível naqueles tempos. A essas pessoas, a única forma de sobreviver consistia em entregar os poucos bens que lhes restavam, acrescidos de sua força de trabalho, aos senhores proprietários, em troca de proteção, trabalho e moradia.<sup>43</sup>

Eram, então, celebrados "contratos de imunidade" ou "contratos de recomendação", como explica Regine Pernoud, para regular esse tipo de intercâmbio de interesses, paralelamente ao referendo do governo, especialmente porque o fisco oprimia pesadamente os pequenos proprietários. Formavam-se, então, múltiplos domínios, que se mantinham agrupados, sobre a autoridade do senhor (assim tratado por ser, via de regra, alguém com mais idade) a quem todas as pessoas haviam confiado seus bens e suas forças, devendo-lhe fidelidade e assistência.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> CARVALHO, Orlando de. **Direito das coisas**. Coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.29.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p.32.

<sup>43</sup> PERNOUD, Regine. **Los orígenes de la burguesia**. Tradução de Ricardo I. Zelarayán. Buenos Aires: Compañía General Fabril, 1962. p.10.

<sup>44</sup> *Id.*

A aquisição da terra pelo senhor feudal acontecia por cessão do Rei.<sup>45</sup> Existiam, não obstante, outras espécies de proprietários que não o senhorio, tais como a igreja, a municipalidade e as universidades.<sup>46</sup> A regra, porém, era a titularidade feudal, que predominava a partir do poder econômico do dono e da necessidade dos camponeses que, nesse modelo, encontravam a possibilidade de posse sobre as terras que cultivavam.<sup>47</sup>

Uma das características que moldava o aludido formato social consistia na distribuição de funções a cada indivíduo, que, dentro do sistema, deveria realizar por si mesmo. A posição que a pessoa ocupasse no grupo era o que determinava certas obrigações e incumbências, com seus correspondentes direitos, fixados pela tradição e pelos costumes. O senhor se encarregava de administrar o feudo, a justiça (a seu modo) e proteger o domínio geral, ainda que à custa de sua morte. Ao sacerdote cabia ensinar e celebrar os cultos religiosos. O camponês e o artesão tinham por atribuição assegurar a todos o suprimento das necessidades de alimentação e estrutura. Nenhum deles – nem mesmo o senhor – poderia abandonar seus afazeres.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Clara a explicação de Regine Pernoud: *"Por el contrario, los reyes merovingios adquirieron la costumbre e retribuir a sus funcionarios mediante la cesión de tierras, lo que aumentó aún más el número y la importancia de los grandes terratenientes, que, en la práctica, eran los únicos que ostentaban un poder real en la Europa de la Alta Edad Media."* (PERNOUD, Regine. **Los orígenes de la burguesía**. Tradução de Ricardo I. Zelarayán. Buenos Aires: Compañía General Fabril, 1962. p.10-11). (Tradução livre: "Pelo contrário, os reis merovíngios adquiriram os costume de pagar seus funcionários mediante a cessão de terras, o que aumentou ainda mais o número e a importância dos grandes proprietários de terras, que, na prática, eram os únicos que ostentavam o poder verdadeiro na Europa da Alta Idade Média.")

<sup>46</sup> LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad**: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Edersa, 1993. p.23-26.

<sup>47</sup> Sobre o assunto, veja o que diz Fernando Andrade de Oliveira: "Mediante convenções, era transferido ao possuidor da coisa alheia um direito ilimitado *dans sa durée*, de modo que os bens fundiários, na sua maioria, não permaneciam na posse dos seus proprietários, mas na das pessoas que haviam recebido essas concessões, por títulos diversos. Em virtude dessas concessões, o proprietário ou concedente, chamado senhor, conservava a sua propriedade, mas sem deter a terra; esta ficava com o vassalo ou possuidor (*tenancier*), que não tinha a propriedade." (OLIVEIRA, Fernando Andrade. **Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p.15).

<sup>48</sup> A essa divisão de atribuições, Regine Pernoud trata como: "A personalização das funções sociais." (PERNOUD, Regine. *Op. cit.*, p.16).

Não obstante aos mencionados deveres do senhor feudal, a quem não era dado tão somente receber suas rendas hauridas da partilha da terra, predominava grande dominação deste para com seus servos, o que torna possível afirmar, como o faz Eroulths Cortiano Junior, que: "As vinculações feudais, pessoais ou reais, faziam com que nem a terra nem as pessoas pudessem ser consideradas livres na acepção atual do termo, e a produção de riquezas era baseada no trabalho forçado por aquelas relações de dependência."<sup>49</sup>

A época é fortemente marcada pelo parcelamento da propriedade, na medida em que o bem imóvel era dividido entre os diversos trabalhadores, que dali retiravam seu sustento e o de sua família. Pode-se dizer, a partir disso, que existiam muitas "propriedades". O parcelamento do solo era a forma que melhor representava a relação "homem-terra" naquele período.<sup>50</sup>

Em suma, o modelo de titularidade imóvel que prevaleceu, especialmente na Europa, até o final da Idade Média, foi o do parcelamento da terra, por meio dos feudos; nela não havia a específica individualização da propriedade mediante um título para cada explorador, constituindo-se, portanto, de um quadro multifacetário com uma pluralidade de domínios sobre a mesma coisa, ainda que a terra fosse conquistada, ou recebida do Monarca, pelo senhor feudal.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.26.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.25.

<sup>51</sup> Ainda sobre a propriedade no período medieval, veja: "Assim, vários pensadores que estudaram o período medieval buscaram confeccionar definições de propriedade e cobri-las com o manto da autoridade do Direito Romano. Todavia, em ampla contraposição à experiência romana, o medievo é marcado por uma complexa estrutura de direitos reais, tão disforme e assimétrica quanto a fragmentação do poder político vigente à época o permitia. Neste particular período da história, verificava-se a concorrência de vários interesses legítimos de diversas pessoas sobre o mesmo bem. Com isso, o mesmo local que era cultivado pelo servo – e, portanto, de certa forma pertencia-lhe – não raro também estava sujeito ao poder do senhor feudal ou de diferentes senhores feudais, tendo-se em mente a dinâmica das relações de suserania e vassalagem. Devido às peculiaridades do próprio sistema feudal, o servo de forma alguma poderia se retirado forçosamente do local em que labutava, muito embora estivesse necessariamente adstrito ao pagamento das contribuições referentes a uma percentual variável daquilo que era produzido sobre a própria terra." (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Humberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p.24 e 25).

Trata-se da época que Paolo Grossi denominou "reino da efetividade", na medida em que a propriedade não se limitava ao individualismo, nem à abstração de um sistema normativo específico, que somente moldaria a estrutura do discurso proprietário, posteriormente, na modernidade. As exatas palavras do autor:

*E si son dibattuti e si dibattono ben dentro il trabocchetto, senza possibilita di uscirne, quegli storici del diritto che han tentato la ricostruzione delle situazioni reali altomedievali partendo, come puo fallacemente sembrar naturale, dal soggetto, dallo schema indivi-dualista della proprieta, magari baloccandosi in dotte ricerche di termini come proprietas e dominium nei piu remoti cartolari e nei piu oscuri testi di legge, quando l'unico procedimento di pulizia metodologica sarebbe stato quello di sgombrar la mente dalla loro data-tissima forma di approccio mentale, che misura il reale a seconda della sua corrispondenza alio schema della proprieta individuale.*

*Per l'alto medioevo un simile procedimento ha la stessa sensa-tezza -di quel botanico che cerca frutti tropicali nelle campagne' mediterranee. L'alto medioevo e una grande civiltà possessoria, dove l'aggettivo possessorio va inteso non in senso romanistico ma nella sua accezione finziana (<sup>7</sup>) di connotazione di un mondo di fatti ne formale ne ufficiale, però munito di effettivita e di incisivita. Senza presenze statuali ingombranti, senza ipoteche culturali, l'officina altomedievale riduce la proprieta a mero segno catastale e costruisce un sistema di situazioni reali fondato non gia nei dominium e neppure nei dominia ma su molteplici posizioni di effettivita economica sul bene.*

*E il regno dell'effettivita, mentre scompare il vecchio ideale classico della validita, cioe della corrispondenza a modelli e tipi. Non architetture e forme sapientemente precostituite ma un ram-pollare disordinato e vivo di situazioni grezze, non filtrate da alcun vaglio culturale, che si impongono in base a fatti primordial! che sono l'apparenza, l'esercizio, il godimento.<sup>52</sup>*

---

<sup>52</sup> GROSSI, Paolo. La proprieta e le proprieta nell'officina dello storico. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milano, n.17, p.368, 1988. (A tradução do texto está na coletânea de ensaios do autor, em português: "E debateram-se e se debatem dentro da armadilha, sem possibilidade de sair dela, aqueles historiadores do direito que tentaram a reconstrução das situações reais altomedievais partindo, como pode falazmente parecer natural, do sujeito, do esquema individualista da propriedade, talvez desperdiçando-se em duntas buscas de termos como *proprietas* e *dominium* nos mais remotos arquivos e nos mais obscuros textos legais, quando o único procedimento de limpeza metodológica teria sido o de livrar a mente de sua ultrapassada forma de abordagem mental, que mede o real segundo sua correspondência com o esquema da propriedade individual. Para o alto medievo um tal procedimento tem a mesma sensatez do botânico que procura frutos tropicais nos campos mediterrâneos. A alta idade média é uma grande civilização possessoria, em que o adjetivo possessorio deve ser entendido não em sentido romanístico mas na sua acepção finziana de conotação de um mundo de fatos nem formal nem oficial, porém munito de efetividade e de incisividade. Sem presenças estatais estorvantes, sem hipotecas culturais, a oficina altomedieval reduz a propriedade a mero signo cadastral e constrói um sistema de situações reais fundado não no dominus e tampouco no dominia mas em múltiplas posições de efetividade econômica sobre o bem. É o reino da efetividade, enquanto desaparece o velho ideal clássico da validade, isto é, da correspondência com modelos e tipos. Não arquiteturas e formas sapientemente pré-construídas mas um brotar desordenado e vivo de situações rústicas, não filtradas por nenhuma peneira cultural, que se impõe com base em fatos primordiais que são a aparência, o exercício, o gozo." (GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.13-14).

A anterior propriedade romana guardava aspectos de intervenção estatal, o que vem a se repetir na modernidade – com as naturais particularidades temporais – a partir do absolutismo, do individualismo e da abstração legais na concepção imobiliária. A lição ora em exame, do autor italiano, densifica adequadamente a natureza da propriedade medieval, ou seja, o predomínio da realidade, com efetiva ligação da pessoa ao bem, aproveitando-o, sem a existência de modelos previamente construídos.

De fato, o sistema feudal nasceu de suas próprias experiências e se desenvolveu edificando-se sobre os conhecimentos e saberes de seus atores. Natural afirmar, não obstante, que herdou o formato hierárquico social do final da antiguidade, com o poder e a condição financeira a diferenciar as classes.<sup>53</sup> Mas, apesar disso, as relações interpessoais não se fundavam em uma normatividade rigidamente posta. Os modos de vida evoluíam a partir do somatório das vivências de seus integrantes, oriundos das mais diversas etnias e localidades.

Darcy Bessone, nesse contexto, afirma que:

Sob o feudalismo, se a propriedade conservou o cunho individualista, não manteve, entretanto, o caráter unitário, pois se dualizou, desdobrando-se em domínios superpostos: o domínio eminentemente do soberano, pairando acima do domínio útil do senhor feudal. Ainda hoje, na enfiteuse encontra-se uma forma de sobrevivência do dualismo dominical do medievalismo.<sup>54</sup>

A base econômica da sociedade, portanto, era fortemente ligada aos descritos laços de dependência interpessoal, com a hierarquia dos direitos sobre a terra e o parcelamento do poder público, na medida em que a administração de cada região (feudos) ficava sob a autoridade dos senhores. Em que pese houvesse moeda, prevalecia o regime de trocas (escambo).<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Um breve e despretensioso resumo da estrutura feudal, pode iniciar pela "nobreza feudal" (senhores feudais e outros detentores de títulos reais, tais como condes, duques e viscondes) que era a detentora das terras e a distribuía aos servos. Em seguida "o clero" (membros da Igreja Católica), com grande poder em virtude de sua atribuição de proteção espiritual das comunidades. A camada mais humilde da sociedade era composta pelos servos (camponeses) e pequenos artesãos.

<sup>54</sup> ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Ideias políticas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p.334.

<sup>55</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p.95-96.



Na segunda metade do século X (início da baixa Idade Média) a Europa atinge situação de razoável estabilidade social, com a redução do temor de invasões e o surgimento de uma inicial unidade política. O cristianismo medieval, com a força do papado, tende a reorganizar a Europa dividida na alta Idade Média.<sup>56</sup> Essa reestruturação promove uma intensa centralização de poder aos Monarcas, que passam a estabelecer sistemas administrativos e tributários eficientes, com a unificação de moedas e impostos. Mas isso, sem alterar de imediato os costumes feudais e os direitos por ele garantidos. A atuação resulta, ao menos por algum tempo, em tranquilidade social e crescimento econômico.<sup>57</sup>

A partir dessa modificação da atmosfera econômica, surge um novo personagem social: o comerciante. Este mercador empreende sua vida em viagens, vendendo seus produtos – tecidos, perfumes, especiarias – aos camponeses e aos senhores.<sup>58</sup>

Durante o período que Regine Pernoud denomina "o período brilhante da idade média" (séculos XII e XIII)<sup>59</sup>, vão se fortalecendo os centros urbanos, com o desenvolvimento das indústrias e o aumento da população, ocasião em que o comerciante, a partir de então denominado "burguês", passa a desempenhar destacado papel na tomada de decisões, uma vez que detém melhores condições de instrução e conhecimento das estratégias próprias do mundo negocial.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> PERNOUD, Regine. **Los orígenes de la burguesia**. Tradução de Ricardo I. Zelarayán. Buenos Aires: Compañía General Fabril, 1962. p.19.

<sup>57</sup> É a lição de Pietro Barcelona: *"Anche questo processo, però, si era sviluppato in modo aggiuntivo, cioè senza eliminare del tutto la struttura amministrativa e giudiziaria del particolarismo feudale: dogane, balzeri e limitazioni di ogni tipo legati al feudo permanevano ed ostacolavano i traffici commerciali, mentre il carattere consuetudinario e localistico del diritto e la pluralità delle giurisdizioni sollevavano continuamente dubbi sulla legge regolatrice del caso e conflitti di competenze tra gli organi giudiziari, accrescendo a dismisura l'incertezza del diritto e perciò l'insicurezza delle transazioni giuridiche."* (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996. p.71-72). (Tradução livre: "Também este processo, assim, se se desenvolvia de modo conjugado, isto é, sem eliminar totalmente a estrutura administrativa e judiciária do particularismo feudal: aduanas, taxas e limitações de todos os tipos ligados ao feudo permaneciam e obstaculizavam os tráfegos comerciais, enquanto o caráter costumeiro e localizado do direito e a pluralidade de jurisdições provocavam continuamente dúvidas sobre a lei reguladora do caso e conflitos de competência entre os órgãos judiciários, acrescentando a desmedida incerteza do direito e assim a insegurança nas transações jurídicas.")

<sup>58</sup> PERNOUD, Regine. *Op. cit.*, p.20.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.55.

<sup>60</sup> Neste sentido: CORTIANO JÚNIOR, Eroulth. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.29-30.

A partir do século XIV reiteradas crises se sucedem por toda a Europa. Muitas são as tentativas de recuperação econômica, mas sem sucesso.<sup>61</sup> A concentração de poderes nas mãos do Reis, com todos os gastos da corte para a manutenção de seus luxos, à custa da população, em especial dos mais pobres, faz com que o discurso burguês, aliado aos ideais liberais dos filósofos iluministas, ganhe força e a burguesia comece a despontar como forte aspirante ao poder.<sup>62</sup>

O Iluminismo é um dos fios condutores da Revolução Francesa de 1789<sup>63</sup>, uma vez que a insatisfação popular com a autoridade do Rei – incapaz de dar solução às seguidas crises econômicas –, aliada aos interesses da burguesia, tudo fundamentado em uma proposta filosófica racional, cria uma atmosfera propícia ao movimento revolucionário.<sup>64</sup> Como bem afirma Eroulths Cortiano Junior: "Assim é que a união entre a burguesia e a filosofia iria culminar, com o advento da razão, no Estado moderno liberal".<sup>65</sup>

Possível afirmar, dessa forma, que a classe burguesa atuou de maneira decisiva na transição do antigo regime para a modernidade<sup>66</sup>, mormente pelo fato de que, apesar de transitar pelas esferas de poder – em virtude de sua diferenciada condição financeira –, não alcançava o prestígio e respeito típicos da nobreza

<sup>61</sup> PERNOUD, Regine. **Los orígenes de la burguesia**. Tradução de Ricardo I. Zelarayán. Buenos Aires: Compañia General Fabril, 1962. p.56-72.

<sup>62</sup> Para maiores detalhamentos sobre esse período de crise, vide: ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. Tradução de Beatriz Sidou. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

<sup>63</sup> Nesse sentido Pietro Costa: "Uma herança iluminista é sem dúvida a conexão obrigatória entre o primado da lei e a liberdade dos indivíduos. Para complicar o quadro interveio, porém, um evento que marca enormemente uma época: a revolução francesa, e, sobretudo, a sua corrente jacobina." (COSTA, Pietro. Estado de direito e direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2012. p.60).

<sup>64</sup> CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.37.

<sup>65</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.35.

<sup>66</sup> Nas palavras de Orlando de Carvalho: "Apoiada nos reis contra os terratenentes, que dominam a propriedade tanto urbana como rústica, a burguesia citadina torna-se o primeiro motor da dissolução do feudalismo, cujas peias impedem o seu desenvolvimento completo e cujo domínio do solo impede a sua instalação." (CARVALHO, Orlando de. **Direito das coisas**. Coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.33).

européia, o que culminaria no movimento revolucionário que deu ensejo à mudança do paradigma estatal.<sup>67</sup>

## 1.2 A MODERNIDADE E O PAPEL DA BURGUESIA NA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PROPRIETÁRIO

A transição do antigo regime para a modernidade, para a maioria dos autores, acontece com a revolução francesa.<sup>68</sup> Esse movimento revolucionário guarda, como visto, a participação ativa da burguesia, que se colocou como um dos atores a incitar as massas, sob o fundamento da necessidade de conduzir a França à igualdade, liberdade e fraternidade, buscando-se um governo para o povo.

---

<sup>67</sup> Exemplo é a explicação de Armando Boito Junior: "No processo revolucionário francês, a burguesia foi consequente na luta pela extinção dos estamentos, já que grande parte dessa classe social pertencia ao estamento plebeu da ordem dos homens livres, mas pôs-se de acordo com a nobreza feudal para manter a hierarquia de ordens, como mostra a legislação aprovada em agosto de 1789, que exigia o pagamento em dinheiro para que o camponês pudesse se liberar de sua situação de servo. Os trabalhos de Albert Soboul mostram que foi a pequena burguesia, organizada no movimento *sans-culottes*, que, apoiada na guerra civil espontânea mantida pelos camponeses no campo entre 1789 a 1793, estabeleceu a extinção incondicional do direito feudal – ver seu opúsculo *A Revolução Francesa*, editado no Brasil pela Difel." (BOITO JUNIOR, Armando. **Estado, política e classes sociais**: ensaios teóricos e históricos. São Paulo: Editora UNESP, 2007. p.259-260).

<sup>68</sup> Autores como: Juan Ramón Capella: "*La modernidad en el plano de las ideas, de la cultura, se construye a través de dos grandes movimientos: uno inicial, lo que llamamos 'el Renacimiento' que se corresponde en el plano político, de una manera general, con la constitución de los grandes estados absolutistas (a lo que se ha aludido en el capítulo anterior), y un segundo movimiento posterior más avanzado, que establece la hegemonía cultural de la burguesía, al que llamamos 'la Ilustración' – centrado en el siglo XVIII, conocido también como 'el Siglo de las Luces' –. A través de esos dos grandes movimientos históricos, una nueva clase social, la burguesía, 'entra en la historia'.*" (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p.99). Vide, na mesma linha: GROSSI, Paolo. *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, n.17, p.365-366, 1988; (Tradução livre: "A modernidade no plano das ideias, da cultura, se constitui por dois grandes movimentos: um inicial, que chamamos de 'o renascimento', que corresponde no plano político, de uma maneira geral, com a constituição dos grandes estados absolutistas (ao que se aludiu no capítulo anterior), e um segundo movimento posterior, mais avançado, que estabelece a hegemonia cultural da burguesia, ao que chamamos de 'o Iluminismo' – centrado no século XVIII, conhecido também como 'o século das luzes' –. Por meio desses grandes movimentos históricos, uma nova classe social, a burguesia, 'entra para a história'.")

Outros movimentos revolucionários tiveram vez na Europa em período próximo, como é o caso da revolução inglesa e da holandesa. Carlos Frederico Marés é objetivo nesse sentido: "A revolução francesa foi o coroamento de um longo processo de lutas e transformações por que passou a Europa, como a reforma, a revolução inglesa e a holandesa que fez finalmente da burguesia a senhora do poder civil da sociedade."<sup>69,70</sup>

Em verdade, a ordem feudal era incompatível com a pretensão de apropriação de bens pela burguesia, pois no sistema plural e sem racionalidade que vigorava, tornava-se inseguro o investimento nas relações de compra e venda. O Iluminismo, com seu império da razão, favorecerá maior estabilidade ao mercado e, consequentemente, à aquisição de bens.<sup>71</sup>

O Estado, que passa a ser denominado "Liberal", iniciará uma completa transformação em relação ao período anterior, com a organização do poder público, a tripartição de poderes e a formalização dos direitos e deveres a partir da lei, com o advento do positivismo. Como lembra António Manuel Hespanha: "E é com esse direito natural racionalista que se vai avançar da *certificação* do direito positivo."<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.18.

<sup>70</sup> E o sistema foi reproduzido, como se verá, muita rapidamente na América Latina, mas com a diferença que na América não se promoveu a liberdade de trabalhadores, uma vez que aqui vigorava o sistema escravagista que se manteria por quase todo o século XIX. Sobre isso: MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.*, p.18-19.

<sup>71</sup> Como ensina Antonio Manuel Hespanha: "Mas o sistema económico em desenvolvimento na Europa a partir da Baixa Idade Média, além de contribuir para a gestação da estrutura ideológica que acabamos de descrever, tinha ainda certas exigências mais directas em relação ao direito. Uma muito geral, outras mais especiais, a cada um dos sectores das relações jurídicas. A tal exigência geral e primeira posta pelo desenvolvimento do capitalismo mercantil era a *salvaguarda da segurança*. Sabe-se como a previsão e o cálculo de que dependem o êxito dos empreendimentos económicos do capitalismo exige uma racionalização da vida e, quando possível, uma proscrição do acaso e do imprevisto. Racionalizada a vida, as previsões dos empresários tornam-se cada vez mais certas, acresce o rigor do cálculo e, desenvolvendo-se tudo como estava previsto, os lucros tornam-se menos incertos e maiores. Um dos elementos da racionalização da vida é a estabilidade do direito." (HESPANHA, António Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de: **Vértice**, Coimbra, n.340 e 341-342, p.10-11, 1972).

<sup>72</sup> *Ibid.*, p.27.

O Judiciário recebeu o papel de mero reproduutor dos conceitos e valores unicamente localizáveis na lei<sup>73</sup>. Montesquieu, a partir de sua conhecida obra sobre a teoria da separação dos poderes, afirmou que o julgamento deveria ser apenas "um texto exato da lei".<sup>74</sup> Fica, desde então, marcado na história, que o juiz era o "boche de la loi".<sup>75</sup>

Os motivos da referida transição paradigmática, repise-se, residem na busca por uma segurança então prevista como absoluta nas relações interpessoais, especialmente no âmbito proprietário, algo que não se fazia formal no medievo, por conta da esfera plural sob a qual repousavam as contratações e as apropriações de bens, inclusive dos imóveis.

Essa segurança estará a serviço dos interesses da classe burguesa, que logra acesso aos espaços de poder, a partir da riqueza angariada no final do período feudal. O Estado burguês, portanto, avança em seu objetivo patrimonial, com a consolidação do poderio e *status* econômicos.

A propriedade privada, então, torna-se objeto de elevada tutela do Direito, constituindo-se como absoluta e individual<sup>76</sup>, na medida em que ser dono efetiva-se como um direito sagrado, oponível *erga omnes*, inclusive com proteção por desforço próprio.

<sup>73</sup> Anote-se, ainda, o pensamento de Vera de Arruda Rozo Cury: "Esse apego ao texto positivado e sua obrigatoriedade acabaram por criar, em 1790, a Corte de Cassação (por lei), a qual foi mantida em 1791 na Constituição da França. Traduziu-se, essa Corte, por um tribunal legislativo com competência para anular as sentenças emanadas do judiciário e que se afastassem da vontade do legislador, uma vez que as leis seriam perfeitas, claras, compreensíveis a todos, não admitindo interpretações. Nesse momento, termina o arbítrio do aplicador da norma quanto à sua interpretação, pois o Direito emanara do poder competente. Lembre-se que, por essa época, já se fazia presente a separação dos poderes, e que o Direito retratado pela norma advinha do poder competente e a nenhum jurista era dado o poder de criar o Direito, pois, ao fazê-lo, estaria este usurpando o poder soberano da nação. Desde então, o poder estatal ganha força, e, consoante esta análise, surge na França (1804) a Escola da Exegese, valorando apenas o Direito positivado, transportando a metodologia jurídica para o plano lógico-dedutivo, voltada apenas aos elementos lógicos-jurídicos do Direito. Pode-se afirmar que, nesse momento, tinha início a implantação do positivismo jurídico." (CURY, Vera de Arruda Rozo. **Introdução à formação jurídica no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2002. p.3-4).

<sup>74</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.158.

<sup>75</sup> No que se refere a esse momento histórico e suas consequências para as teorias da jurisdição e da ação, leia-se: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.50 e segs.

<sup>76</sup> A lição de Eroulths Cortiano Junior [et. al.] é pontual: "É somente com o advento da modernidade jurídica que se verifica o surgimento de uma noção individual do direito de propriedade, visto que a situação proprietária, visualizada sob o molde do *us utendi, fruendi et abutendi* pressupõe a

A economia evolui a partir da liberdade contratual<sup>77</sup>, da absolutização e individualização da propriedade e da autonomia das pessoas em gerir livremente seus patrimônios, sem qualquer intervenção do Estado. Aludido contexto de não envolvimento do poder público nas relações interprivadas, a partir do dogma da lei, sob o adágio do "o que não é vedado pela lei é permitido", é que faz com que o período mereça o rótulo de Estado Liberal.<sup>78</sup>

Não obstante, tratava-se de uma "falácia de liberdade"<sup>79</sup>, uma vez que o poder econômico criava – como sempre criou – ambientes de dominação, favorecendo o crescente enriquecimento dos que detinham os meios de produção, à custa da exploração de empregados e das negociações financeiras em desequilíbrio. Tudo,

---

existência de um sujeito de direito, detentor de uma capacidade geral e abstrata para ser titular de direitos e obrigações, e impregnado de todo um individualismo que não permite a concorrência de diferentes interesses legítimos sobre um mesmo bem; apenas um interesse é legitimado pelo ordenamento jurídico, excluindo-se todos os demais." (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Humberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico**. Curitiba: Juruá, 2007. p.26).

<sup>77</sup> Antônio Manuel Hespanha é claro neste sentido: "O papel central que o contrato (ou seja, o acordo livre das vontades) tem na ideologia moderna vai exigir que todo o direito, e sobretudo o direito civil, o tome como fundamento. Toda a atividade jurídica é, de fato, ligada ao contrato. Não só no direito das obrigações, mas também no direito da família e nos direitos reais, passa a ser verdade 'que ninguém tem senão os deveres que assumiu livremente'." (HESPANHA, Antônio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de: **Vértice**, Coimbra, n.340 e 341-342, p.15, 1972).

<sup>78</sup> Sobre a importância do contrato e igualdade dos sujeitos no Direito, veja Pietro Barcellona: "*Il contratto è la figura emblemática della parità formale dei soggetti giuridici, próprio in quanto inteso come incontro di volontà autonome che si accordano. Esso realizza e sancisce insieme tutti i possibili rapporti messi in movimento da un soggetto economico. Ogni rapporto determinato da interessi economici è sanzionato e compreso nello schema del contratto. Come è stato scritto, il contratto è il più importante veicolo della vita giuridica di relazione, una vita di relazione che per il suo tramite può svolgersi in forma integralmente giuridica, che trova nel diritto il punto di equilibrio costante, il mezzo di regolazione adeguato, che non há bisogno di altre forme di mediazione; tutti i rapporti sono ora mediati universalmente dal consenso.*" (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996. p.87). (Tradução livre: "O contrato é a figura emblemática da igualdade formal dos sujeitos jurídicos, próprio e representativo do encontro de vontades autônomas que entram em acordo. Isso realiza e estabelece justamente todas as possíveis relações realizadas por um sujeito econômico. Cada relação determinada por interesses econômicos pode ter sanção e é incluída no sistema contratual. Como já se escreveu, o contrato é o mais importante veículo da vida jurídica das relações, uma vida de relações que por seu vínculo pode se desenvolver em uma forma integralmente jurídica, que encontra no direito o ponto de equilíbrio constante, os meios de regulação adequados, que não tem necessidade de outras formas de mediação; todas as relações são agora mediadas universalmente pelo consenso.")

<sup>79</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade pelo mundo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.127-128.

com a justificativa da "autonomia" que o Direito outorgava, pela abstração da lei e sua pretensão em reger, de forma globalizante, todos os fatos sociais.

Vê-se, facilmente, que o liberalismo era unicamente econômico, tendo a propriedade se firmado como o mais importante dos direitos, submetendo-se o tratamento do ser em razão do ter, com a construção do conceito de sujeito de direito<sup>80</sup>, dos direitos subjetivos e do patrimônio imaterial.

A propriedade sozinha não tinha como ser instrumentalizada. Fazia-se necessário constituir um proprietário para a coisa. Exatamente por isso, surge a figura do sujeito de direito, até então não contemplada na ordem jurídica. O patrimônio tinha que ter um titular, e este, por coerência, somente poderia ser o indivíduo. Nasce a ideia de sujeito, portanto, a partir da propriedade e não o contrário, como deveria ser.

Vale notar que, até hoje se ensina, em algumas escolas de Direito, que a personalidade da pessoa natural está atrelada à possibilidade de contrair direitos e deveres, ou seja, ela existe como mecanismo a justificar o pertencimento "de algo".

No espaço proprietário – e nessa construção do sujeito – o discurso absolutista e individualista veio do *Code Napoléon*, de 1804, que garantia a higidez da propriedade privada contra tudo e contra todos.<sup>81</sup> Esse formato de apropriação garantiu a

---

<sup>80</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Humberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p.27.

<sup>81</sup> Sobre os poderes absolutos do proprietário no pós-revolução francesa, Regine Pernoud: *"Esta transformación tan notable de la propiedad rural se extendió a la noción de propiedad en general. Tal como aparece en el Código Napoleón, ella se aproxima notablemente a la propiedad romana: individual, absoluta, ilimitada en su ejercicio, sólo dependiente de la fortuna pecuniaria del propietario. Es el resultado de la obra de los legalistas del Antiguo Régimen, completada por documentos con ele Código Forestal de 1827, cuyas prescripciones de extrema severidad impuestas a los que vivían en las proximidades de los bosques dominiales han servido de modelo a los propietarios privados, suscitando innumerables procesos por derechos de uso que llenan los anales judiciales de nuestro tempo. Es curioso observar con qué ardor fue abrazada esta nueva concepción por los hombres de la Revolución: un artículo de la Declaración de los Derechos de Hombre está consagrado a la propiedad, proclamándola 'derecho inviolable y sagrado'. Napoleón se expresó a este respecto con mayor claridad todavía: 'Qué es el derecho de propiedad? No solamente es el derecho de usar, sino también de abusar... Siempre debe tenerse presente en la mente la ventaja de la propiedad... La legislación debe hacerse siempre en favor del propietario.' Ello traducía exactamente las tendencias 'romanas' de la burguesía legalista."* (PERNOUD, Regine. **Los orígenes de la burguesía**. Tradução de Ricardo I. Zelarayán. Buenos Aires: Compañía General Fabril, 1962. p.53-54). (Tradução livre: Esta transformação tão notada na propriedade rural se estendeu para a noção de propriedade em geral. Tal como aparece no Código de Napoleão, ela se aproxima notavelmente da propriedade romana: individual, absoluta, ilimitada em seu exercício,

evolução da classe burguesa que, com poder e alto potencial econômico, conduziu os rumos de governo e construiu o formato de mercado até hoje conhecido, baseado no lucro a qualquer custo.

Possível afirmar, nesse viés, que a modernidade edificou-se sobre os direitos e as garantias individuais, preferindo a exploração econômica, sob as cobertas da liberdade, da fraternidade, da igualdade e da segurança. A lei protegia a todos em suas liberdades, mas tal abrigo somente tinha o condão de alcançar àquele que detivesse o acesso à elite burguesa, pela via da patrimonialidade.<sup>82</sup> O mito da igualdade e da segurança, por meio do legalismo e da abstração, serviu tão somente a alavancar a má distribuição das riquezas e a potencializar a exploração da pessoa pelo mercado e pelos meios de produção.

A revolução, que inicialmente pretendia fomentar o acesso a condições de igualdade de vidas e possibilidade de equilíbrio social sonegados no antigo regime, realizou, em verdade, os interesses do mercado, com o acúmulo do capital nas mãos de poucos. A autonomia – daquela época – prestou-se a fio condutor da exploração e do contratualismo com desequilíbrio de forças, em frequente prejuízo da parte mais fraca, sob o fundamento da *pacta sunt servanda*.

Nos dias atuais, parece possível indagar, como o faz João-Francisco Duarte Junior, se o momento é realmente o que tratam por pós-modernidade, ou se, na realidade, o que se vive é uma "modernidade tardia", pois, ainda que com o controle

---

que dependia somente da fortuna do seu proprietário. O resultado da obra dos legalistas do Antigo Regime, somada a documentos como o Código Florestal de 1827, cujas prescrições extremamente severas importas aos que viviam nas proximidades dos bosques dominiais serviram de modelo aos proprietários privados, o que suscitou inúmeros processos por direitos de uso que ficaram nos anais jurídicos de nosso tempo. É curioso observar com que ardor foi abraçada essa nova concepção pelos homens da revolução: em um artigo da Declaração dos Direitos do Homem está consagrada a propriedade, proclamando-a 'direito inviolável e sagrado'. Napoleão se manifestou a esse respeito com muita clareza: 'Que é o direito de propriedade? Não somente o direito de usa, mas também de abusar... Sempre deve se ter presente na menta as vantagens da propriedade... A legislação deve fazer-se sempre em favor do proprietário.' Ele traduzia exatamente as tendência 'romanas' da burguesia legalista.")

<sup>82</sup> Nas palavras de Juan Ramón Capella: "*La libertad 'liberal' en realidad ha sido por una parte un hermoso ideal, pero por otra una falsa ilusión: nunca ha inspirado permanentemente a las clases burguesas una cultura política consecuente.*" (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p.121).



social do Estado, a desigualdade mantém-se e o acesso às condições de vida digna ainda é um privilégio.<sup>83</sup>

### 1.3 A ERA DAS CODIFICAÇÕES: A ABSTRAÇÃO E O INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO COMO SEGURANÇA

Com o *Code Napoléon*, tem início a era das codificações<sup>84</sup>, formato típico do racionalismo, que teve por intenção, a partir da personalidade forte e centralizadora de Napoleão Bonaparte, ser a lei orientadora das disposições civis do mundo todo. De certa forma conseguiu, pois seu caderno legislativo influenciou boa parte do globo, que até hoje se vê apegado a esse modelo universal de normas do direito posto.

O Código Civil francês, a partir da dogmática formalista própria do período liberal, tinha por bases a abstração<sup>85</sup> e, especialmente na esfera proprietária, o absolutismo e o individualismo na relação da pessoa com seus bens.<sup>86</sup> No que pertine aos imóveis, a regra era a mesma. A propriedade imóvel garantia ao dono o

---

<sup>83</sup> DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. **Itinerário de uma crise: a modernidade**. 2.ed. reimpr. Curitiba: Ed. da UFPR, 2002.

<sup>84</sup> Não se olvide que antes dele existiram o Código Civil da Baviera (1756), o Código Civil Prussiano (1792) e o Código Civil Austríaco (1797). Nenhum destes, no entanto, mereceu relevância no contexto mundial como o *Code Napoléon*, que influenciou a maioria dos códigos da modernidade. Ademais, aqueles Códigos não traziam a perspectiva moderna das codificações, motivo pelo qual o Código Francês é entendido como o primeiro dessa denominada "Era das Codificações".

<sup>85</sup> As palavras de Rodrigo Pelais Banhoz e Luiz Edson Fachin, ao referirem-se ao Código Napoleônico, estão nesse contexto: "O direito passa a ser criado e validado pelo Estado, abstração representativa da vontade do povo. Sua maior e pretensamente única fonte: a lei, formulada pelo legislativo e de acordo com a vontade do povo." (BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.57).

<sup>86</sup> Sobre o Código Civil Português, que guardava a mesma perspectiva individualista e abstrata do Código Francês, veja: HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. Separata de: **Vértice**, Coimbra, n.340 e 341-342, p.34-36, 1972.

direito sagrado e universal de utilização, da forma como desejasse, longe de qualquer hipótese de funcionalização.<sup>87</sup>

A abstração dos sistemas codificados<sup>88</sup> é traço até hoje forte no Direito, identificando-se pela intenção de abranger na lei todas as hipóteses verificáveis na sociedade, a partir de hipóteses predeterminadas e gerais. A Universalização do alcance do Código conduz a uma rigidez da aplicação legal, com fundamento no postulado da subsunção, como se ao Direito fosse possível antever todas as situações da vida de cada uma das pessoas de determinado grupo social.<sup>89</sup>

As condutas são previamente fixadas, a partir de um presumido imaginário coletivo, e organizadas no caderno normativo, com a pretensão de alcançar a todos os fatos sociais. Esse traço totalizador é a marca do positivismo legalista, na medida em que o Direito se divorcia da justiça e da moral, constituindo-se em poder do Estado mediante a força da sanção. Como adverte Thomas da Rosa de Bustamante: "O Positivismo pressupõe um fosso entre o Direito e a Moral que não existe na prática da argumentação jurídica."<sup>90</sup>

Em meio a essa generalização e abstração, está a pessoa, com seus direitos subjetivos "garantidos", nos termos da lei. Se qualquer assunto que lhe seja caro estiver à margem do contexto rigidamente legal, carente estará de proteção do

---

<sup>87</sup> Relativamente ao tema, analise a constatação de Eroulths Cortiano Junior [et. al.]: "Portanto, a noção de direito de propriedade que restou garantida nas grandes codificações – bem traduzida na fórmula *ius utendi, fruendi et abutendi* – não existiu, ao contrário do que não raro se propugna, desde o início dos tempos, não foi uma construção da jurisprudência romana, como quase sempre se afirma, na origem da civilização ocidental, mas sim, uma invenção moderna com vistas a instrumentalizar a manutenção do *status quo* burguês erigido após as diversas revoluções dos séculos XVII e XVIII." (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Humberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p.26).

<sup>88</sup> Ludwig Raizer já mencionou que a abstração é capaz de "transformar os conceitos e as figuras jurídicas em entidades de um universo autônomo." (RAISER, Ludwig. **Funzione del contratto e libertà contrattuale. Il compito del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1990. p.74).

<sup>89</sup> Nesse sentido: BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1995. p.168-169.

<sup>90</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. especial, p.304, 2013.

sistema jurídico, haja vista que sua necessidade não é contemplada na pauta protetiva de um Direito que pretende ser universal.

Nessa condição está a propriedade, rigidamente formalizada na lei, como direito de uso, gozo e fruição sobre bens adquiridos formalmente, que se constitui em direito absoluto do dono, individual e completamente protegido de ataques externos.<sup>91</sup> Traço marcante da propriedade, herança do *Code*, no dizer de Paolo Grossi, portanto, é a abstração.<sup>92</sup>

Os Códigos<sup>93</sup>, inclusive os brasileiros, não ofertam um conceito de propriedade. A opção ficou por considerá-la, analítica e estruturalmente, a partir dos poderes proprietários. As características sociais, econômicas e políticas dessa expressão de titularidade, especialmente no Código Civil brasileiro de 2002, é que deveriam vincular sua organização legal, mas não foi o que aconteceu.<sup>94</sup>

Exatamente por este motivo, cabe ao jurista – ao intérprete –, reconduzir o Direito aos postulados de justiça e ética. A abstração, a rigidez conceitual e o individualismo mereceram ocasião na história mundial e não foram suficientes a abrigar adequadamente as demandas sociais.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> É a lógica do art. 524 do Código Civil de 1916. Veja: "Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua."

<sup>92</sup> As palavras de Paolo Grossi: "*Il contenuto e ormai soltanto un accidente, che non è mai in grado di ripercuo-terse sulla sostanza del rapporto. Accanto – e dietro – alla semplicità, ecco il secondo tratto tipizzante della proprietà nuova: la astrattezza.*" (GROSSI, Paolo. *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, n.17, p.412, 1988). A tradução do texto está na coletânea de ensaios do autor, em português: "O conteúdo já é somente um acidente, que nunca está em condições de repercutir sobre a substância da relação. Ao lado – e atrás – da simplicidade, eis o segundo traço tipificador da propriedade nova: a abstração." (GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.71).

<sup>93</sup> Ao menos os Códigos que foram objeto desta pesquisa: os brasileiros de 1916 e de 2002; o Italiano (art. 832); o Português (art. 1302 e 1305); o Espanhol (art. 348); o Francês (544); o Alemão (§ 903 do BGB); o Argentino (2513 a 2516) e o Uruguaio (486 e 487).

<sup>94</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.105.

<sup>95</sup> Neste sentido, Juan Ramón Capella: "*Ante el altar de la razón – nunca quedará del todo claro que se trata sólo de una razón, de la razón burguesa, abstracta y calculista; de lógica de la producción capitalista – todo será sacrificado; de una parte, las creencias del pasado, los mitos de la etapa infantil de la humanidad; de otra, todo lo que signifique una china en las botas de siete leguas del capitalismo moderno. La razón será la encargada de construir una legitimación laica, secularizada, del poder. Los conceptos nuevos (como soberanía, ciudadanía, revolución, etc.) son a menudo*

A abstração, reitere-se, que se constitui na vã tentativa de regrad genericamente todos os fatos de possível ocorrência no "mundo do Direito" – quase sempre à margem do "mundo da realidade" –, nada mais representa do que a fuga ao enfrentamento dos problemas do ser concreto<sup>96</sup>, que tem problemas específicos e pendentes de atenção pelo ente público que se determinou a concentrar em suas mãos o poder de conduzir os rumos da vida comum.

O individualismo, por sua vez, que se consubstancia na consideração do indivíduo atomizado, solitário e separado do grupo em que vive<sup>97</sup>, da mesma forma, não mais atende ao ideal constitucional de vida em sociedade.

A propriedade imóvel, a partir dessas duas análises – abstração e individualismo –, visa manter o proprietário longe do questionamento externo do seu direito, independente da consideração das demais pessoas que próximo dele vivam, assim como das necessidades sociais evidentes, tudo para manter o *status*

---

*conceptos teológicos secularizados."* (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p.103-104). (Tradução livre: "Diante do altar da *razão* – jamais ficará totalmente claro que se trata somente de uma *razão*, da *razão* burguesa, abstrata e calculista; da lógica do modo de produção capitalista – tudo será sacrificado; por um lado, as crenças do passado, os mitos da infância da humanidade; por outro lado, qualquer coisa que significa uma *china* em botas de sete léguas do capitalismo moderno. A *razão* será responsável pela construção de uma legitimação laica, secularizada, de poder. Os novos conceitos (como soberania, cidadania, revolução, etc.) são muitas vezes conceitos teológicos secularizados".)

<sup>96</sup> Na lição de Luiz Edson Fachin: "Pensar em um patrimônio mínimo pode ser navegar contra a maré que descola o Direito do perguntar-se sobre o próprio fundamento e a razão de ser; é, mesmo assim, voltar-se contra a avassaladora racionalidade da exclusão social e contra a simbolização virtual de tudo e de todos. Evoca-se, pois, um mundo real, composto de pessoas concretas que têm anseios, necessidades e direitos. Nesse viés proposto, há evidente lacuna espelhada no atual estado da arte. O sistema clássico de Direito Privado tinha cores definidas nas estrelas jurídicas que organizavam o firmamento do Direito. Essa constelação, porém, teve sua luz esmaecida. Nem por isso feneceram as possibilidades de análise e de reconstrução." (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.22-23).

<sup>97</sup> Note-se a assertiva de Paolo Grossi: "Graças à abstração, o indivíduo moderno transforma-se num microcosmo auto-referencial dotado de uma constelação de interesses e de direitos individuais, alguns dos quais elevados a situações subjetivas perfeitas e invioláveis por qualquer poder político. Entre estes, e antes de todos, a propriedade privada, interior e exterior, intrasubjetiva e intersubjetiva, estreitamente conexa à própria natureza do homem e por isso intangível." (GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.22).

econômico conquistado. É a lógica do capitalismo, que prefere o individual ao coletivo, sempre, em nome de uma suposta segurança jurídica.<sup>98</sup>

A norma de cunho abstrato conduz a uma generalização tal, que qualquer pessoa, independentemente de sua condição ou peculiaridade, merecerá o mesmo tratamento pelo Direito, como se suas especificidades fossem atendidas pelo generalismo de uma hipótese descrita em lei. Sobre isso, Paolo Grossi é enfático e pontual:

Abstraído da sociedade – o dissemos – era o Estado/pessoa, e sua manifestação normativa, a lei, era teorizada como geral, rígida e abstrata; lei igual para todo um povo de crassamente desiguais, primeiro passo na superação das velhas e iníquas desigualdades de ordens mas apenas um primeiro passo que, satisfazendo-se em uma conclamação puramente retórica de igualdade, mantinha sua substância punitiva para o socialmente fraco, o pobre, o ignorante, ou seja para a grande maioria. O indivíduo era ao máximo possível abstraído da sociedade, pensado e resolvido como sujeito unitário, herdeiro direto dos desincarnadíssimos modelos esvoaçantes no paraíso terrestre do direito natural, robustecido por esta abstração exatamente na sua auto-referencialidade (que era o resultado querido e perseguido).<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Como bem ensina Juan Ramón Capella: *"Codificar una normativa consiste incluso en algo más que sistematizarla: al codificar se intenta establecer un conjunto de condiciones técnico-jurídicas que establezca en la medida de lo posible la sistematicidad misma de la producción jurídica. Los objetivos de la codificación dependen de la existencia de un sistema de tribunales bien capacitados técnicamente. La finalidad de todo ello es hacer el derecho calculable, esto es, tan exento de ambigüedad y tan cargado de seguridad como se pueda. La calculabilidad es una exigencia de la producción mercantil: el empresario precisa saber de antemano el costo de producción de los bienes, el de su circulación en el mercado y los costos transnacionales. Estos últimos dependen principalmente del derecho, pero indirectamente también dependen de él los otros dos. La exigencia económica de calculabilidad se traduce en el plano del derecho en la exigencia de seguridad jurídica."* (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p.136-137). (Tradução livre: "Codificar uma legislação significa algo mais do que sistematizá-la: ao codificar se pretende estabelecer um conjunto de condições técnico-jurídicas que estabilize, na medida do possível, uma sistematicidade mesma da produção jurídica. Os objetivos da codificação dependem da existência de um sistema de tribunais tecnicamente bem preparados. O objetivo de tudo isso é para tornar o direito previsível, isto é, o mais isento de ambiguidade e o mais carregado de segurança quanto possível. A previsibilidade é uma exigência dos meios de produção mercantil: o empresário deve saber com antecedência o custo de produção das mercadorias, o de sua circulação no mercado e os custos transnacionais. Estes últimos dependem principalmente do direito, mas também indiretamente dependem dos outros dois. O requisito da previsibilidade econômica se traduz, no plano do direito, na exigência de segurança jurídica".)

<sup>99</sup> GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.27.

A justificativa desse afastamento da pessoa e do Direito em relação ao concreto, sempre residiu, na perspectiva codificada, no temor ao casuísmo<sup>100</sup>, no medo de que o julgador se exceda ao decidir conforme sua consciência<sup>101</sup>, em detrimento do "ideal coletivo". Esse ideal, em verdade, não é coletivo ou geral, mas, sim, individualista, que enxerga na abstração a adequada maneira de proteção de interesses econômicos.

O discurso proprietário moderno definido (até hoje) na norma codificada, portanto, visa legitimar o individualismo, com uma pretensão de segurança por meio de normas não concretizantes para além de seus interesses.

---

<sup>100</sup> Sobre a segurança e o temor ao casuísmo, a análise de Antônio Manuel Hespanha: "Sendo assim, coisas há que não lhe serão de modo algum favoráveis no domínio jurídico – desde logo, a obscuridade do direito, a posse do seu entendimento por uma classe de iniciados que, com as suas subtilezas, o tornam inapreensível pelos homens comuns não letrados (*honnêtes gens*); depois, o arbítrio dos tribunais (casuísmo), a sentença sibilina e não motivada que, para além de incentivar a parcialidade e a venalidade dos juizes, destrói todas a previsibilidade do domínio da vida forense; e, ainda, a catadupa legislativa (fenômeno mais moderno, que pouco apoquentou, por isso, os burgueses de seiscentos) e o nacionalismo jurídico (também pouco sentido, em virtude da monumental tarefa de uniformização do direito levada a cabo pelos criadores medievais do direito comum). [...] Tudo isso vem a ser combatido, e da reacção surgirá a reclamação dum direito certo (se possível, tanto como as matemáticas, único e universal, claro e simples)." (HESPANHA, Antônio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de: **Vértice**, Coimbra, n.340 e 341-342, p.11-12, 1972).

<sup>101</sup> No dizer de Lenio Luiz Streck: "Para os efeitos que estou debatendo neste livro, é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher*. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. Portanto, quando um jurista diz que 'o juiz possui poder discricionário' para resolver os 'casos difíceis', o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...! Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)." (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.107-108).

## 1.4 BRASIL: DAS SESMARIAS À PROPRIEDADE CODIFICADA

Até o presente momento a preocupação foi a de contextualizar o Direito de maneira a dar forma ao diálogo que se pretende, a partir do que significou a gênese do pensamento proprietário, que ainda se mantém sobremaneira influente na contemporaneidade.

A história da apropriação imobiliária no Brasil tem início com a colonização portuguesa<sup>102</sup>, a partir de 1500<sup>103</sup>, ocasião em que o país luso vivia grande expansão de seu território na perspectiva ultramarina, uma vez que seus vizinhos, Espanha e França, dominavam a maior parte da Europa continental, não restando outros espaços que não os que estivessem fora de seu continente.

A busca por novos mercados, aliada às limitações econômicas do país, são os motivos determinantes que culminariam na "descoberta" do Brasil e no apoderamento de outros muitos territórios, o que tornou Portugal uma das maiores colonizadoras do mundo ocidental. Sobre a expansão portuguesa, relevante a lição de António Manuel Espanha:

O primeiro fato que deve ser realçado é a inexistência de um modelo ou estratégia gerais para a expansão portuguesa. Existem, evidentemente, vários tópicos usados incidentalmente no discurso colonial para justificar a expansão. Um deles era a idéia de Cruzada e de expansão da fé. Mas, a par dele, vinha o do engrandecimento do rei ou o das finalidades do comércio metropolitano ou, mais tarde, de população.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Boa síntese desse momento histórico está na lição de Ruy Cirme Lima: "A ocupação de nosso solo pelos capitães descobridores, em nome da Coroa portuguesa, transportou, inteira, como num grande vôo de águia, a propriedade de todo o nosso imensurável território para além-mar – para o alto senhorio do rei e para a jurisdição da Ordem de Cristo." (LIMA, Ruy Cirme. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.15).

<sup>103</sup> É sabido, no entanto, que as terras brasileiras já tinham dono: os povos indígenas. Como leciona Carlos Frederico Marés: "A terra sempre foi um bem coletivo, generosamente oferecido pelos antepassados que descobriram seus segredos e legado necessário aos herdeiros que o perpetuariam. A repartição haveria de ser dos fundos da terra, de tal forma que faltasse ao necessitado nem sobejasse ao indivíduo." (MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.49-50).

<sup>104</sup> HESPANHA, António Manuel. A constituição do império português. revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (Org.). **O antigo regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p.169.

O interesse de Portugal para com o Brasil, no começo, não foi de grande entusiasmo. Acostumados às riquezas e ao comércio oriental pujante, mantiveram a colônia em segundo plano. Tanto é verdade que, somente em 1521, quando da assunção de D. João III, em um período de grave crise, com a escassez de alimentos e inúmeras mortes causadas por pestes, a Coroa decidiu focar seus esforços na estruturação das colônias, em especial na brasileira.<sup>105</sup>

Com o aumento do interesse da Coroa pelo Brasil, não faltaram pessoas dispostas a efetivamente colonizar o país, inclusive às suas custas, como foi o caso de D. João de Melo da Câmara, que se propôs a trazer "em duas viagens, mil homens", "dispostos a ocupar uma 'terra que não tem nenhum proveito e pode ter muito' se devidamente aproveitada".<sup>106</sup> Outro interessado era Cristóvão Jacques, que já tinha viajado ao Brasil por duas ou três vezes e, por saber do potencial a ser explorado, se animava com a possibilidade.<sup>107</sup>

O que prevaleceu, na decisão do monarca, foi a opinião do Doutor Diogo de Gouveia, renomado assessor real, que sugeriu autorizar a vinda de ambos os pretendentes ao Brasil.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> BUESCU, Ana Isabel. **D. João III (1502-1557)**. Lisboa: Círculo de Leitores, 2005. p.86-106.

<sup>106</sup> PORTO, José da Costa. **Formação territorial do Brasil**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982. p.19.

<sup>107</sup> *Id.*

<sup>108</sup> A esse respeito, veja as palavras de José da Costa Porto: "Anos depois, entretanto, acabaria prevalecendo a interferência, sempre sensata e equilibrada, de um dos mais renomados assessores do Monarca – o Dr. Diogo de Gouveia, que, em Paris, dirigia o colégio de Santa Bárbara, e atuava, destacadamente, nas negociações do Soberano, visando a impedir a fúria dos entrelopos da Mancha. 'Eu por muitas vezes', dizia Gouveia, em carta de fevereiro de 1532, 'lhe escrevi o que me parece deste negócio. A verdade, era dar, Senhor, as terras a vossos vassalos, que se três anos que V. A. as dera aos dois de que vos falei, a saber, o irmão do Capitão da Ilha de São Miguel (D. João de Melo da Câmara), que queria ir com dois mil (?) moradores lá povoar, e Cristóvão Jacques com mil, já agora houvera quatro ou seis mil crianças nascidas e outros muitos da terra casados com os nossos e é certo que, após estes, houveram de ir muitos. E se vos estorvaram, Senhor, por dizerem que enriqueceriam muito. Quando os vossos vassalos forem ricos, os reinos não se perdem por isso, mas se ganham... porque, quando houver sete ou oito povoações, estas serão bastante para defenderem (proibirem) aos da terra não vendam pau brasil a ninguém e, não o vendendo, as náus não hão de querer lá ir para voltar de vazio. Depois disso, a aproveitarão a terra'." (*Id.*).



A expedição de Martim Afonso de Sousa, que recebeu carta régia datada de 20 de novembro de 1530, em que "el-Rei" proclamava:

dou poder ao dito Martim Afonso de Sousa para que, em todas as terras que forem de minha conquista e demarcam que ele achar e descobrir posa meter padrões e, em meu nome, tome delas (posse) real e autoral e tirar estromentos (instrumentos) e fazer todos os outros autos".<sup>109,110</sup>

O sistema autorizado por D. João III em nada se assemelhava ao que se instalaria *a posteriori*, o das sesmarias, pois aqui a doação feita por Martim Afonso de Souza valeria somente em vida do donatário, não passando aos herdeiros, bem como existia condição resolutiva do aproveitamento em seis anos. Ademais, o rei deveria examinar cada caso, para mandar (autorizar) o que melhor lhe aprouvesse.

O sistema sesmarial constituiu-se como algo diverso, mas fica fácil perceber que as mencionadas cartas régias marcaram os primeiros documentos, em formato jurídico, de distribuição de terras no Brasil, em substituição à mera ocupação. As sesmarias, dessa forma, passam a constituir-se como espécie normativa de apropriação de bens imóveis no Brasil, o que se prolongará até 1822.

Não aconteceu, como na legislação de outros povos mais antigos, a evolução linear e gradual de uma experiência comunitária. O colonizador lusitano, mais ocupador do que conquistador, trouxe consigo toda uma tradição proveniente do direito romano.<sup>111</sup>

O início, contudo, se deu com a divisão político-administrativa do Brasil em Capitanias Hereditárias – como já havia acontecido com os Açores e a Ilha da Madeira –, constituídas por porções de terras entregues a pessoas que se comprometessem a desbravar, colonizar e conquistar, tendo em vista as enormes

---

<sup>109</sup> PORTO, José da Costa. **Formação territorial do Brasil**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982. p.23.

<sup>110</sup> Antes dele, no entanto, já havia sido concedida carta régia ao "tratante" português Fernão de Loronha, que recebeu por doação real a Ilha de São João (Fernando de Noronha), para "nela lançar gado e romper e aproveitar, segundo mais lhe aprouver", ficando sujeito somente ao pagamento de dízimos. A carta régia autorizadora data de 24 de janeiro de 1504. (COSTA, Francisco Augusto Pereira da. **Anais Pernambucanos**: 1493 a 1590. Recife: Arquivo Público Estadual, 1951. v.1. p.66).

<sup>111</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.45-46.

dimensões territoriais<sup>112</sup> do país.<sup>113</sup> Entregavam-se as áreas por meio de uma carta de doação, mas que, na verdade, servia apenas para transferir a posse, e uma carta foral, que tinha a estipulação dos direitos e deveres dos donatários.

Os donatários das capitanias tinham a possibilidade de dividir as áreas em porções menores: as sesmarias. As obrigações, basicamente, eram de povoar, cultivar e desenvolver as regiões, mediante a paga meramente de um dízimo à igreja católica.<sup>114</sup>

A origem do sistema de sesmarias remonta à Lei sesmarial de Dom Fernando I, datada de 1375, que foi elaborada por um conselho de juristas, visando à tentativa de "combater uma aguda crise de abastecimento, queda demográfica e consequente escassez de mão de obra, acentuada pela grande peste que assolara a Europa em 1348".<sup>115</sup> O objetivo era de que as terras fossem distribuídas entre os que conseguissem cultivar e criar condições de desenvolvimento suficientes a alimentar o povo e melhorar a condição de vida local.<sup>116</sup>

A grande diferença entre Brasil e Portugal é que em terras lusitanas o sistema se baseava no modelo feudal, enquanto aqui a propriedade era pública, integrante do patrimônio da Coroa, que passava às mãos do particular em termos de posse, tendo como base o trabalho escravo. Isso, como se verá, foi fundamental para a transição

<sup>112</sup> Como mostra Darcy Bessone: "Desconhecidos os acidentes naturais, somente com base nas linhas geográficas (meridianos e paralelos) seria impossível extremá-las. O critério adotado, em regra, foi o de ter cada capitania 50 léguas portuguesas, na costa, integrando-se, no interior, pela área que o donatário pudesse conquistar. Assim deveriam constituir-se as capitanias de São Vicente, Santo Amaro, Espírito Santo, Pôrto Seguro, Ilhéos, Bahia, Pernambuco, Itamaracá, Ceará, Rio Grande, Maranhão e Piauí, algumas das quais logo reverteriam à Corôa, não sendo outras sequer colonizadas. Mais tarde, no século XVIII, por destaque da Capitania de São Vicente, já então Capitania de São Paulo, surgiram as Capitanias de Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso." (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **O mundo, o Brasil e o homem**. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade Federal de Minas Gerai, 1966. p.269-270).

<sup>113</sup> Sobre as Capitanias Hereditárias, vide: NASCIMENTO, Walter V. **Lições de história do direito**. 3.ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>114</sup> A Ordem de Cristo era quem recebia os dízimos, assim considerados os valores ou proveitos extraídos da exploração da terra, fixados em percentagem, e que servia para financiar e manter a obra cristã na nova colônia. Ela, também, exercia a jurisdição eclesiástica sobre as terras. (LIMA, Ruy Cirme. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.35).

<sup>115</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.21.

<sup>116</sup> Mais sobre a lei das sesmarias portuguesas, veja por todos: RAU, Virgínia. **Sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1946.

das sesmarias brasileiras para o modelo de propriedade moderna, individualizado e codificado.<sup>117</sup>

Fácil perceber que o simples "transplantar" do modelo português, sem que conhecesse as peculiaridades da nova terra, absolutamente diversa no que se referia a dimensões, objetivo do povo e gestão administrativa, causou uma série de dificuldades ao empreendimento.<sup>118, 119, 120</sup>

---

<sup>117</sup> Carlos Frederico Marés também diferencia da seguinte forma: "As sesmarias em Portugal eram usadas para terras que já haviam sido lavradas e estavam abandonadas, quer dizer, eram terras que já tinham produzido e deveriam voltar a produzir alimentos locais. No Brasil não, o sentido da concessão das sesmarias era o de ocupação, desbravamento, conquista, desrespeitando qualquer tipo de uso indígena, ou ocupação pré-existente." (MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.57).

<sup>118</sup> "Transplantar" é o termo utilizado por José da Costa Porto, ao que parece de maneira feliz, ao mencionar que: "Daí o esquema traçado nas cartas de doação e forais – a distribuição do solo colonial de sesmaria, 'na maneira e forma' dos disciplinamentos maior do Reino, as Ordenações manuelinas, então vigentes. Não se nos afiguram fundadas as críticas às políticas de D. João III, de tentar promover o povoamento do Brasil à base dos sesmarialismo, não se tendo apontado, até aqui, processo mais prático de atrair colonizadores do que distribuir o solo de graça, fórmula sensata de compensar os ônus da aventura. O erro da Metrópole não terá consistido em transplantar para o mundo americano o velho modelo de 1375, mas no desazo com que acreditou no milagre de fazê-lo funcionar a contento sem um retoque, sujeitando-lhe o mecanismo à 'maneira e forma' estabelecidas nas Ordenações, incorrendo na censura evangélica de pretender 'pôr vinho novo em odres velhos'". (PORTO, José da Costa. **Formação territorial do Brasil**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982. p.41).

<sup>119</sup> Em semelhante análise, Sérgio Buarque de Holanda: "A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos inda hoje desterrados em nossa terra." (HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.31).

<sup>120</sup> No que se refere a essa temática – organização político-administrativa do Brasil colonial –, que vai refletir na estruturação da distribuição de terras em sesmarias, os historiadores têm sérios problemas em analisar se houve um bom ou mau desenvolvimento no que pertine à organização das formas de gestão. Luis Fernando Lopes Pereira, após mencionar as opiniões de Raymundo Faoro (transposição de sucesso do sistema português para o brasileiro) e Caio Prado Júnior (administração caótica, irracional, contraditória e rotineira e em análise das peculiaridades do antigo regime, ensina: "Em Portugal, e conseqüentemente no Brasil, o poder no antigo regime era uma realidade compartilhada por diversos polos sociais, marcando o confronto entre o modelo 'honorário' e o modelo 'burocrático' de administração da justiça. Predominava uma concepção corporativa da sociedade eu possuía uma crença na ordem universal do cosmos, que abrange homens e coisas orientados para o criador, com fim transcendental. O Universo era visto ainda como na Idade Média, como um cosmos ordenado, o que implica dizer que a parte, o elemento singular, não é compreensível se não o referenciarmos a uma totalidade que o inclui e assinala sua colocação e destinação." (PEREIRA, Luis Fernando Lopes. Súditos del-rey na américa portuguesa: monarquia corporativa, virtudes cristãs e ação judicial na villa de nossa senhora da luz dos pinhais de Curitiba no século XVIII. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano 172, n. 452, p.51-86, p.51-52, jul./set. 2011).

O termo sesmaria tem vários sentidos, podendo ter derivado de "sesma", que era a medida de divisão de terras do alfoz, de "sesma" ou "sesmo", que significa a sexta parte de algo, ou, ainda, "caesina", que quer dizer incisão ou corte. Ruy Cirne Lima indica que a mais razoável das interpretações está na "sesma" como sexta parte dos frutos da terra, que deveriam ser entregues ao cedente. Adverte, no entanto, que nem sempre o dízimo ou foro era entregue na proporção de um sexto.<sup>121, 122</sup>

Desde as iniciais concessões de terras, logo no principiar dos anos 1500, até a extinção das sesmarias, múltiplas foram as "regras de concessão", geralmente produzidas na metrópole. Urge traçar o possível conteúdo histórico da normatização do instituto.

António Manuel Hespanha fixa o Direito aplicado às colônias portuguesas, que denomina "direito colonial", referindo-se não somente ao Brasil, mas também a outras colônias portuguesas como Macau e Angola, sob a rubrica de um direito pluralista. Para tanto, argumenta que a própria arquitetura do direito comum europeu se baseava na transferência das decisões aos governos coloniais.<sup>123</sup> No que pertine às sesmarias, a situação não era exatamente dessa maneira, uma vez que as concessões promovidas deveriam ser ratificadas pelo Monarca e sempre tiveram como norte as leis portuguesas.

Os imóveis quando não fossem cultivados retornariam ao patrimônio da Coroa, e eram, assim, devolvidos, daí o termo "terras devolutas"<sup>124</sup>, já que o Rei, por direito divino, tinha o domínio iminente sobre todo o território, podendo conceder, novamente, em Sesmaria a outrem.

---

<sup>121</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.19-20.

<sup>122</sup> As sesmarias, todavia, não eram a única forma de concessão de terras pelo Estado. Haviam, também, as "datas de terras", que consistiam em concessões feitas pelos comandantes militares, de espaços aproximados em meia légua quadrada, e serviam para plantações, mas, sobretudo, para edificação de edifícios de segurança, tais como fortalezas. (*Ibid.*, p.37).

<sup>123</sup> HESPANHA, António Manuel. A constituição do império português. revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (Org.). **O antigo regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p.172.

<sup>124</sup> SILVA, Lúcia Osório. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da lei de 1850. Campinas: Unicamp, 1996. p.39.

Com a intenção de ordenar o conjunto legislativo português, nascem as Ordenações do Reino, tendo por inicial as Afonsinas, com data de 1446, que, em verdade, serviu basicamente de compilação de leis já existentes em um só texto.<sup>125</sup> Essas Ordenações, como apenas ratificaram leis anteriores, em nada alteraram o conteúdo das sesmarias.

As Ordenações Afonsinas foram revogadas pelas Manuelinas, em 1521, quando D. Manuel (1495-1521) resolveu rever a compilação para nela introduzir a vasta legislação extravagante de seu reinado e do de D. João II.<sup>126</sup>

Importante frisar, a título de coerência metodológica, que foi nesse momento, sob os auspícios das Ordenações Afonsinas, que o Brasil constituiu-se como Colônia portuguesa. A gênese<sup>127</sup> das Capitanias Hereditárias, com a doação da Ilha de São João (Fernando de Noronha) a Fernão de Loronha, por meio da carta régia de 24 de janeiro de 1504, teve por fulcro as aludidas Ordenações. As doações a Martim Afonso de Souza e seu irmão Pedro Lopes, assim como a Duarte Coelho Pereira, efetivamente implementaram as Capitanias Hereditárias, e os capitães colonizadores ganharam amplos poderes de gestão pública e, naturalmente, de concessão de terras, igualmente pelas aludidas Ordenações.<sup>128</sup>

Não muito tempo depois, em 1548, considerando-se os péssimos resultados colonizadores<sup>129</sup> e as muitas dificuldades de a Coroa fiscalizar a organização administrativa, o Rei decide alterar o formato de poder na Capitanias, criando o Governo-geral. A divisão territorial do país (em Capitanias) mantém-se, o que muda é

---

<sup>125</sup> VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v.89, p.20-21, 1994.

<sup>126</sup> O traço diferencial das Ordenações Manuelinas, e que influenciaria os códigos da modernidade, ficou por conta da forma escolhida para sua redação. Já não mais com conteúdo descritivo e impositivo das vontades do Rei, mas fixou-se em uma perspectiva abstrata e hipotética, prevendo condutas e ações. (*Ibid.*, p.21-22).

<sup>127</sup> Fala-se que a doação a Fernão Loronha é a gênese do sistema de Capitanias Hereditárias, tendo em vista que somente depois, entre os anos de 1534 e 1536, o rei de Portugal D. João III estabeleceu formalmente a divisão do Brasil em faixas (capitanias), que partiam do litoral até a linha imaginária do Tratado de Tordesilhas.

<sup>128</sup> FREIRE, Felisberto. **História territorial do Brasil**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1906.

<sup>129</sup> LIMA, Ruy Cirme. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.39.

o formato de administração. Inicialmente um Governo-geral, com sede em Salvador e, depois, o Governo-dual, no dizer de Darcy Bessone, em Salvador e Rio de Janeiro.<sup>130</sup>

O ato revogador da administração pelo formato coronelístico das Capitanias, foi o "Regimento dos provedores da fazenda dell Rei nosso senhor nas fazendas do Brasil", também denominado como "Regimento Tomé de Souza".<sup>131</sup>

O Regimento Tomé de Souza – agora norma geral de vigência em todo o país, ficando as Ordenações como fundamento residual –, aliado à mudança de cenário da política expansionista, que dava mostras de preocupação com a segurança do território (externa, mas também interna) e com a ordenação do desenvolvimento, vem a se consolidar como a principal normativa das sesmarias brasileiras, trazendo o que Ruy Cirne Lima considerou como "os germes da transformação, que lentamente viria a operar-se na legislação das sesmarias, sob a influência do meio colonial."<sup>132</sup>

Segundo esse autor, um novo princípio veio a vigorar a partir de então: o do latifúndio. Tratava-se da concessão de terras para a construção de engenhos de açúcar e "estabelecimentos semelhantes" a quem tivesse "posses bastantes" para fazê-lo e ainda para construir fortificações necessárias à defesa das cidades.<sup>133</sup> A crítica, em verdade, se refere especialmente ao fato de que a norma não especificava critérios de extensão das áreas.

Outra inovação que nasce do Regimento de 1548, é a determinação de que os Provedores regionais passem a guardar *registro*, em livro próprio, de todas as Cartas de sesmarias de terras e águas. Os donatários deveriam registrar suas concessões no prazo de um ano, sob pena de perderem as terras. Esse, portanto, o embrião do sistema registral brasileiro, ao que se referirá adiante.

---

<sup>130</sup> O que levou o inicial modelo de gestão das Capitanias à ruína foi o natural desconhecimento da geografia local e a diversificação dos fatores socioeconômicos. (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **O mundo, o Brasil e o homem**. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade Federal de Minas Geraí, 1966. p.270).

<sup>131</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.39.

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> *Ibid.*, p.39-40.

Retomando-se a produção legislativa da Metrópole, aproximadamente em 1589, fez-se elaborar uma nova – e final – compilação: as Ordenações Filipinas. A norma passou a vigorar somente em 1603, por força de lei de 11 de janeiro.<sup>134</sup>

Comparando-se as duas últimas Ordenações (Manuelinas e Filipinas), relativamente ao trato das sesmarias, nenhuma mudança substancial aconteceu.<sup>135</sup> As Ordenações Filipinas vigoraram em Portugal até a entrada em vigor do Código Civil de 1867. No Brasil – em que pese a Consolidação das leis Civis de Teixeira de Freitas, que adiante será objeto de verificação – manteve sua integridade até o Código de 1916.<sup>136</sup>

Não se olvide que as sesmarias não tinham por objetivo transferir propriedade ao cessionário, podendo ser o bem revertido à Coroa em caso de não realização do cultivo<sup>137</sup>, embora em muitos documentos régios se utilize o termo "doação". Apropriado lembrar que no antigo regime o individualismo proprietário não era traço da esfera imobiliária.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Como nas anteriores Ordenações, não se tratou de obra inovadora, constituindo-se na reunião das Ordenações Manuelinas, da Coleção de Duarte Nunes do Leão e de outras leis esparsas posteriores, tudo em um mesmo texto. (VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v.89, p.24, 1994).

<sup>135</sup> Como bem ensina Ruy Cirne Lima: "Entre as Ordenações de D. Manuel e as de Felipe II, nenhuma modificação substancial se operou na instituição das sesmarias, e tanto se pode verificar, ou confrontando os respectivos textos, ou consultando a compilação das leis intermediárias, aprovada pelo Alvará de 14 de fevereiro de 1569. (LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.24).

<sup>136</sup> A afirmação se sustenta na própria letra do art. 1807 do Código Civil de 1916: "Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias do direito civil reguladas neste Código (1280)." (SIQUEIRA, A. do Valle. **Código civil brasileiro anotado de acordo com a jurisprudência dos nossos tribunais**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C. Editores, 1922. p.572).

<sup>137</sup> Como bem lembra Laura Beck Varela, acerca desse momento histórico: "Permanece, em essência, uma forma de propriedade condicionada, não-absoluta, à mercê dos ditames da política régia." (VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.55).

<sup>138</sup> Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca: "Trata-se de um ambiente histórico em que é claro o primado do todo sobre o singular, e onde, portanto, a figura do sujeito proprietário – dependente de uma visão individualista e antropocêntrica – ainda não encontra lugar. É o plano da objetividade que ressalta, onde há o primado da coisa e do contexto natural em detrimento do arbítrio e da vontade do sujeito. O medievo (e sobretudo o primeiro medievo) é uma época possessória, mas esse termo deve ser entendido como o 'reino da efetividade', sem formalidades excessivas de um período anterior (romano) e sobretudo do período posterior". (FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, v.17, p.99-100, 2005).

O sistema sesmarial sofreria, ainda, inúmeras alterações.<sup>139</sup> A reforma pombalina, viabilizada pela Lei de 20 de junho de 1774, apesar de sua relevância histórica, em nada alterou a condição geral das sesmarias.<sup>140</sup>

O excesso de demandas que discutiam a regularidade das sesmarias, especialmente sobre a exatidão dos espaços e limites, bem como em relação ao cultivo, traz à baila o Alvará de 5 de outubro de 1795, que se esperava fosse uma verdadeira "Consolidação da Legislação de Sesmarias". Em verdade, ele apenas compilou a legislação existente sobre o tema, reiterando – uma vez mais – a necessidade de medições e demarcações das terras, sob pena de, descumprida essa condição, que era conhecida dos cessionários, ter-se por caducada a doação.<sup>141, 142</sup> Em virtude de sua má construção, que tão somente repisou textos antigos e não cumpridos, a norma sucumbe ao Alvará de 10 de dezembro de 1796.

---

<sup>139</sup> Algumas mais relevantes são: Carta Régia de 7 de dezembro de 1697, que reduziu a extensão das áreas a serem concedidas; Carta Régia de 20 de janeiro de 1699, que reiterou a exigência do foro e exigiu que se registrasse as sesmarias (sobre este tema tratar-se-á de forma específica nas próximas páginas); Carta Régia de 3 de março de 1704, que determinou a demarcação judicial das sesmarias; Decreto de 20 de outubro de 1753, que vedou a confirmação de concessões sem medição e demarcação judiciais; Provisão de 11 de março de 1754, que dispôs sobre sesmarias de terras atravessadas por rios cuja travessia necessite de barcas, reservando-se espaços para uso público. Para conferir as normativas, acesse: <<http://arisp.wordpress.com/2010/02/>>. Acesso em: 25/05/2014.

<sup>140</sup> O fato relevante é que, preocupado com o desenvolvimento da Colônia, de forma a alcançar maior produção para abastecer a Metrópole, Sebastião José de Carvalho e Melo – o Marquês de Pombal – expulsou os Jesuítas do Brasil, uma vez que protegiam os índios e os instigavam contra os abusos dos Senhores que os desejavam escravizar. Uma vez vazias as terras de sesmarias antes ocupadas pelos religiosos, o Marquês levou-as a hasta pública, repassando às mãos de influentes famílias da Colônia.

<sup>141</sup> Para ver este Alvará, acesse: <<http://arisp.wordpress.com/2010/02/>>. Acesso em: 25/05/2014.

<sup>142</sup> A norma não teve longa vigência, posto que exigia, de maneira firme, o cumprimento da obrigação de delimitar as áreas doadas. Interessante o pensamento de José da Costa Porto acerca da situação: "Excelente como 'ídolo mental' dos teóricos de gabinete o disciplinamento de 1795 não suportaria, muito tempo, a prova de fogo do contato com a realidade e, pouco mais de uma ano depois, a Coroa operava nova guinada, através do Alvará de 10 de dezembro de 1796 que suspendia o diploma anterior, levando em conta, ponderava, 'os embaraços e inconvenientes que podem resultar da (sua) imediata execução... seja porque, nas circunstâncias atuais, não é (ele) o momento mais próprio para dar seguro estabelecimento às vastas propriedades dos meus vassallos... seja pela falta de geômetras que possam fixar medições seguras... seja, finalmente, pelos muitos processos e causas que poderiam excitar-se, querendo pôr em execução tão saudáveis princípios... sem primeiro haver preparado tudo o que é indispensável para que eles tenham inteira e útil realização'". (PORTO, José da Costa. **Formação territorial do Brasil**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982. p.68).



Em 1808, com a vinda da família real para o Brasil e a consequente transferência da Corte para as terras da Colônia, operou-se uma nova fase – e muito próxima da final – do instituto da sesmarias. Houve a simplificação na tramitação dos processos, mas, em compensação, acentuada insistência para que os proprietários comprovassem a adequação das concessões às obrigações de cultivo e limitações de extensão.<sup>143</sup>

A partir desse momento, com fundamento no Decreto de 22 de junho de 1808, a Mesa do Desembargo do Paço passou a centralizar os procedimentos para a concessão, tendo em vista a dificuldade de comunicação com o "Concelho" Ultramarino, por conta do embargo continental imposto por Napoleão, e pelo fato de a Coroa, nesse momento, estar sediada no Brasil, podendo o Rei, diretamente, assinar as cartas de sesmarias. Os demais procedimentos preparatórios e de confirmação do cultivo e extensão estavam mantidos.<sup>144</sup> Com esse Decreto, vem a lume o Alvará de 25 de Janeiro de 1809, que vedou a concessão de sesmarias sem que houvesse medição judicial com sentença passada em julgado. Determinava que cada vila ou comarca tivesse juízes das sesmarias e os chamados "pilotos", a quem era dada a obrigação de medir e demarcar as áreas.<sup>145</sup>

Essa atitude, por certo, acirraria ainda mais as já expressivas contendas sociais e jurídicas em curso no país por conta das sesmarias. Um pontual exemplo serviu de estopim ao que se tornaria, de fato, o final da era das sesmarias: Manoel José dos Reis, posseiro em Minas Gerais, queixou-se, em pedido formal ao Monarca, da concessão de Sesmaria em terras que ocupava há mais de vinte anos. A resposta do Regente foi objetiva: "Fique o supplicante na posse das terras que tem cultivado, e suspendam-se todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembléa Geral,

---

<sup>143</sup> O trâmite burocrático para a entrega das terras, antes de 1808, iniciava por um pedido ao Governador da Província, que pedia informações ao Provedor da Real Fazenda e à Câmara Municipal, seguindo a documentação para o Governador-geral que expedia a Carta de Sesmaria em duas vias, com registro na Provedoria e envio para o Conselho Ultramarino para confirmação. (VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.92-93).

<sup>144</sup> Para ver o inteiro teor do primeiro Decreto sobre a "propriedade" tipicamente brasileiro, acesse: <<http://arisp.wordpress.com/2010/02/21/decreto-de-22-de-junho-de-1808/>>. Acesso em: 25/05/2014.

<sup>145</sup> Analise o conteúdo do Alvará em: <<http://arisp.wordpress.com/2010/02/21/alvara-de-25-de-janeiro-de-1809/>>. Acesso em: 25/05/2014.

Constituinte e Legislativa." A Resolução de 17 de julho de 1822, que veiculou essa decisão, suspendeu todas as concessões de sesmarias que, na prática, jamais voltaram a figurar no sistema pátrio.<sup>146</sup>

Com a independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro de Alcântara de Bragança, agora D. Pedro I, torna-se Imperador e rompe relações com Portugal, mas ficou mantida – até por questão de lógica – a aplicabilidade da legislação lusa, em especial as Ordenações Filipinas, assim como o conjunto legislativo já produzido desde a chegada da família imperial em solo brasileiro.<sup>147</sup>

Por decisão constante da Provisão de 22 de outubro de 1823, que fazia menção à anterior Resolução de 17 de junho de 1822, o Imperador proibiu a concessão de sesmarias até que a futura Constituição regulasse a matéria.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> A Resolução está disponível em: <[http://www.quinto.com.br/leis\\_imperio/resolucao17071822.asp](http://www.quinto.com.br/leis_imperio/resolucao17071822.asp)>. Acesso em: 25/05/2014.

<sup>147</sup> Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, o momento assim se deu: "Com a independência do Brasil em abril de 1822 (e a já citada revogação dos sistemas das sesmarias), o jovem império viu-se sem um regime jurídico da propriedade (e, nesse contexto, quando se fala em propriedade quer-se referir sobretudo à propriedade das terras); a legislação portuguesa continuaria vigente no Brasil (no caso, sobretudo as Ordenações Filipinas) até que o Império legisserasse de modo específico sobre as questões civis (incluindo aí a questão da propriedade). Essa legislação demoraria um pouco a aparecer (viria somente em 1850, com a Lei de Terras, como veremos a seguir). Mas o interessante é que a Constituição Imperial, que foi a primeira do Brasil, e que seria promulgada logo em 1824, dizia de modo solene em seu artigo 179 – e em grande parte repetindo os termos das declarações de direitos americana e francesa e também o Code Civil francês – que era garantida "a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade..." e, no inciso XXII desse artigo lia-se que "é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude". Vê-se já aqui no Brasil – num país que na primeira metade do século XIX era marcadamente dependente do trabalho escravo nas lavouras (e assim continuaria até 1888) e que herdava um sistema de terras juridicamente colorido por institutos feudais e por práticas de ocupação – a presença de um sistema jurídico constitucional flagrantemente iluminista e liberal (no âmbito formal) que fazia referência a um sujeito livre e proprietário dotado de universalidade. Esse paradoxo entre o mundo histórico (dos fatos, do homem de carne e osso) e o mundo do direito formal (do homem abstrato e universal, pleno de direitos), demonstra essa tendência marcada da cultura brasileira em receber e adaptar de modo especial os princípios jurídicos europeus (e, em particular, o de propriedade). (FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v.17, p.106-107, 2005).

<sup>148</sup> A Provisão está disponível no sítio eletrônico da Biblioteca da Universidade de Lisboa, em: <<http://net.fd.ul.pt/legis/indice-titulos.htm>>. Acesso em: 25/05/2014.

A Constituição Imperial<sup>149</sup> foi promulgada em 25 de março de 1824 – a primeira do Brasil – e foi expressa em garantir, no art. 179, "a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade...". No inciso XXII, desse mesmo artigo, lia-se: "É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude". Não houve qualquer referência ao sistema sesmarial.

A Carta Magna imperial trouxe os ventos europeus, repetindo em alguns momentos dispositivos do Código Civil Francês de Napoleão, e marcou o início do que veio a ser o Brasil da modernidade, cujo sistema jurídico se conduziu por uma matriz iluminista e liberal, a partir da liberdade, da igualdade e da propriedade.

Os desafios da nova Constituição, no entanto, não eram poucos, tendo em vista que a sociedade imperial vivia sob os auspícios da escravidão e do latifúndio agrícola, muito distante da "programada" liberdade e com flagrante desequilíbrio no acesso proprietário.<sup>150</sup>

Relevantes movimentos de pressão para o fim do tráfico negreiro e consequente abolição da escravatura estavam em curso, o que tornava a problemática da indefinição imobiliária ainda mais severa, especialmente porque a maior expressão econômica da época era a propriedade sobre escravos.<sup>151, 152</sup>

---

<sup>149</sup> A primeira Constituição brasileira foi denominada por "Constituição Política do Império do Brasil" e foi elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Vide o texto em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 25/04/2014.

<sup>150</sup> A recém-criada carta maior, que fora precedida, também há pouco tempo, da "extinção" do regime de sesmarias, formam uma conjuntura jurídica que coincide com a expansão da economia cafeeira, o que coloca na pauta das discussões políticas a necessidade de alguma regulamentação que garantisse o direito de propriedade com maior segurança, especialmente em face do temor dos detentores de grandes latifúndios.

<sup>151</sup> A informação de Roberto Smith, é nesse sentido: "A principal característica... não será a da propriedade privada capitalista da terra, mas sim a da propriedade de escravos; e o não-aparecimento da renda da terra como categoria fundamental, mas sim, a da renda do escravo, que estará presente à lógica da acumulação mercantil." (SMITH, Roberto. **Propriedade da terra e transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990. p.141).

<sup>152</sup> Não se olvide das muitas normas vigentes na Colônia, que exigiam a comprovação da propriedade sobre escravos para que se pudesse receber concessão de Sesmarias. A título de exemplo, o Alvará de 8 de dezembro de 1590, o Relatório do Marquês de Lavradio de 19 de junho de 1779, a Carta de 1753 e o Alvará de 5 de outubro de 1795. No requerimento de Sesmarias, o pretendente precisava demonstrar seu potencial de cultivo e a melhor prova consistia na quantidade de escravos que tivesse à disposição para o trabalho". (VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.82).

Uma vez abolida a escravatura, nada mais de relevante economicamente, no campo proprietário, restaria aos detentores das estruturas de produção, quer no campo, quer nas cidades, que já estavam dotadas de razoável infraestrutura de comércio e de mercado.<sup>153</sup>

Isso não tardou a acontecer. Um movimento lento, mas contínuo, constituiu-se para modificar o âmbito da preocupação econômica no Brasil, de forma que o comércio do escravo negro daria lugar ao mercado imobiliário, que até hoje é uma das mais expressivas formas de atuação financeira do capitalismo.<sup>154</sup>

Sucederam-se diversas leis visando a diminuição do tráfico de escravos para o Brasil, dando início ao cumprimento do acordo com a Inglaterra para a abolição<sup>155, 156, 157</sup>

<sup>153</sup> Como bem afirma Laura Beck Varela, "urgia encontrar uma válvula de escape, um substituto ao escravo como categoria econômica central. A essa crise do trabalho escravo responderia a elite colonial com o processo de organização da propriedade privada e mercantilização da terra." (VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.111).

<sup>154</sup> Essa reflexão tem fundamento, também, na lição de José da Costa Porto: "Algumas das lideranças mais esclarecidas da geração que fizera a Independência vinham, de muito, fixando as atenções no problema da escravidão africana, surgindo, entretanto, grave conflito entre o sentimento anti-escravista e o quadro das realidades concretas: o fato de o braço servil constituir o fundamento da agricultura, especialmente da grande lavoura, a cana de açúcar e o café, o embasamento maior da economia do tempo. A onda libertária, porém, ganhava terreno dia a dia, ajudada pela severa política inglesa contra a importação do 'gado humano', trazida do Continente negro, constituindo-lhe um dos pontos altos a Lei Eusébio de Queirós, de 1800<sup>154</sup>, que proibiu o tráfico africano para o Brasil." (PORTO, José da Costa. **Formação territorial do Brasil**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982.p.73).

<sup>155</sup> Esse acordo foi firmado como um dos requisitos para a Inglaterra auxiliar a vinda da família real pra o Brasil. Lembre-se que as embarcações portuguesas vieram para o Brasil escoltadas por navios ingleses, entre outros auxílios que existiram para a manutenção do território português da investida de Napoleão.

<sup>156</sup> A Lei de 7 de novembro de 1831, denominada como "Lei Feijó-Barbacena", vedava que os navios trouxessem escravos ao Brasil. Não obstante, o tráfico quase dobrou, uma vez que os mercadores previam o final de sua fonte de renda e os fazendeiros uma sensível perda de mão de obra, o que motivou o maior número possível de "aquisições" visando a compensar as perdas futuras. Vide: BETHELL, Leslie. **A abolição do tráfico de escravos no Brasil**: A Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do comércio de escravos 1807-1869. Tradução de Luís A. P. Souto Maior. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p.96.

<sup>157</sup> A Lei Feijó-Barcelona, no entanto, não foi suficiente para encerrar o tráfico de escravos africanos, sendo necessária nova intervenção em 1850, por meio da Lei de 4 de setembro de 1850, conhecida por "Lei Eusébio de Queiroz", em homenagem ao Ministro da Justiça Eusébio de Queiroz Coutinho Matoso Câmara. Esta lei não revogou a anterior (Feijó-Barbacena), apenas adequou seu conteúdo em alguns assuntos, especialmente retirando dos fazendeiros a responsabilidade por eventual tráfico de escravos, que ficaria unicamente punível em relação ao mercador, em perspicaz decisão política. Daquele momento em diante a norma tomou rumos de efetividade, com a diminuição sensível da chegada de escravos ao Brasil, o que ainda aconteceria de maneira eventual pelo mercado paralelo, até que acabasse.

Com a extinção do trabalho escravo no Brasil, pela promulgação da Lei Imperial n.º 3.353, de 13 de maio de 1888 (a Lei Áurea), é que se verifica a efetiva transformação da mentalidade econômica, com a valorização dos bens imóveis, em substituição ao escravo.<sup>158</sup>

A Lei de Terras (Lei n.º 601 de 18 de setembro de 1850) vem a auxiliar nesse processo, promovendo a transição da economia escravagista para a do mercado imobiliário, encerrando, definitivamente, qualquer possibilidade de se cogitar em sesmarias.

O final do modelo sesmarial no Brasil trouxe consigo um sem número de litígios de natureza possessória, como resultado da inexistência de um sistema de individualização proprietária. O período compreendido entre 1822 e 1850 é considerado como o "da predominância das posses".<sup>159,160</sup>

Com a nova ordem constitucional, cuja promessa era de "propriedade em toda a sua plenitude", crescia o anseio por segurança na apropriação dos bens, de maneira absoluta, para que fosse possível evitar qualquer perturbação ou questionamento sobre a qualidade e quantidade de terras que se tivesse.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Antes da lei abolicionista, porém, estiveram em voga a Lei do Ventre Livre, sob n.º 2.040, de 28 de setembro de 1871, que tornava livres os filhos de escravos que nascessem a partir da decretação da norma, e a Lei dos Sexagenários, de 1885, que dava liberdade aos negros com mais de 65 anos de idade.

<sup>159</sup> No dizer de Lígia Osório Silva: "A posse já conquistara um certo reconhecimento por parte das autoridades, principalmente a partir da resolução do príncipe regente que lhe dava prevalência sobre as sesmarias. O entendimento que se teve da resolução do príncipe regente suspendendo as concessões de sesmarias foi de que ela não se aplicava às posses. No período entre 1822 e 1850 a posse tornou-se a única forma de aquisição de domínio sobre as terras, ainda que apenas de fato, e é por isso que a história da apropriação territorial desse período ficou conhecido como a 'fase áurea do posseiro'." (SILVA, Lígia Osório. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da lei de 1850. Campinas: Unicamp, 1996. p.81).

<sup>160</sup> Nesse sentido, MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.65.

<sup>161</sup> Nessa ordem de ideias, a lição de Carlos Frederico Marés: "A Constituição de 1824 necessitava de regulamentação porque muitas leis anteriores não puderam ser recepcionadas, como o próprio instituto das sesmarias, como já se viu. O Brasil carecia de uma lei de terras que disciplinasse especialmente a aquisição originária, porque a chamada ocupação desordenada era cada vez maior e a libertação dos escravos promoveria uma corrida a essa ocupação." (*Ibid.*, p.69).

O momento é de emancipação política da nação e de transição do Antigo Regime para a Modernidade. Os intelectuais da época<sup>162</sup> já vislumbram a importância da propriedade privada e da liberdade contratual.

A terra, e os imóveis em geral, passam a ser acessíveis a todos os que tivessem condições econômicas de adquirir. A partir desse momento a propriedade imobiliária começa a ser encarada como mercadoria.<sup>163</sup> No formato que se inaugura, a relação entre o poder público e a pessoa transita do arbítrio do monarca em conceder bens, para a densificação do caráter econômico da propriedade. O prestígio social, a partir de então, decorrerá muito mais do poder econômico do proprietário do que de sua fidalguia, títulos de nobreza ou influências junto ao poder político.<sup>164</sup>

Em 20 de setembro de 1850, por conseguinte, fica promulgada a Lei n.º 601<sup>165</sup>, marco histórico maior da transição para a individualização proprietária brasileira.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> Como lembra Ruth Gauer: "A criação das instituições que regeneram o vínculo social colonial foi transplantada pela legislação portuguesa do séc. XVI ao séc. XIX, onde a normatização dos costumes trazia impregnado o culto ao direito, herança portuguesa que marca um dos princípios de nossa nacionalidade, pois foi através dos Egressos de Coimbra que a legislação do Estado-nação foi construída." (GAUER, Ruth. A Influência da Universidade de Coimbra na formação da nacionalidade brasileira. In: REUNIÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE PESQUISA HISTÓRICA, 16., 1996, Curitiba. **Anais...** Curitiba, 1996. p.179).

<sup>163</sup> Como explica Eroulths Cortiano Júnior: "A propriedade – principalmente a imóvel - passa a ser mercadoria, e sua circulação exige a construção jurídica do novo modelo (todos os poderes numa só propriedade, toda a propriedade nas mãos de um só titular), cartularizado (a alienação e a certeza da titularidade, basta o registro)." (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. A Constituição, o direito privado e a posse. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**: ensaios para recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.150-151).

<sup>164</sup> COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 7.ed. 3.ª reimp. São Paulo: Unesp, 1999. p.171-173.

<sup>165</sup> Para ver o inteiro teor, acesse: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)>. Acesso em: 25/05/2014.

<sup>166</sup> Analise-se um breve histórico da Lei de Terras: Em 6 e 8 de junho de 1842, o governo imperial solicitou à Secção dos Negócios do Império do Conselho de Estado, que efetivasse uma proposta legislativa sobre sesmarias e Colonização. Subscrita por Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Cesario de Miranda, a proposta foi apresentada ao Conselho de Estado aos 8 de agosto de 1842, tendo sido largamente discutida em conferências de 1.º, 15 e 29 de setembro e 10 e 17 de novembro de 1842, mas sem êxito. Não obstante, na sessão de 10 de junho de 1843, da Câmara dos Deputados, Rodrigues Torres submete o projeto n.º 94, sobre a matéria. Esta a semente da Lei de Terras, nas palavras autorizadas de Ruy Cirne Lima. (LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.63).

Os elementos mais importantes da Lei estão, basicamente em que: a) art. 1.<sup>o</sup>: As aquisições de terras, doravante, somente por meio de compra. Apenas uma exceção: terras a 10 léguas de países estrangeiros podem ser cedidas gratuitamente; b) art. 3.<sup>o</sup>: Define o que são terras devolutas; c) art. 4.<sup>o</sup> ao 11: Revalida as sesmarias e legitima as posses de quem esteja com cultivo e moradia, vinculando a necessidade de medição e organização, com fixação de comisso; d) art. 12: Reserva terras devolutas para colonização dos indígenas, fundação de povoados, abertura de estradas e outras servidões, assento de estabelecimentos públicos e para a construção naval; e) art. 13: Organiza por freguesias o registro das terras possuídas, sobre as declarações feitas pelos possuidores e impõe penalidades aos que deixarem de registrar ou o fizerem com dados inexatos; f) art. 14 a 16: O governo fica autorizado a vender as terras devolutas, com ou sem hasta pública, com prévia medição e organização, ficando os confinantes com a preferência de aquisição. Fixa, no art. 16, ônus aos compradores, tais como aproveitamento pelo ente público de águas e minas; g) art. 17: Regula a compra de terras por estrangeiros, e organiza a vinda para o trabalho, permitindo que depois de dois anos se naturalizem. h) art. 18: Autoriza o Governo, às custas do tesouro, trazer trabalhadores livres do estrangeiro para serem empregados na agricultura, serviço público ou na formação de colônias, tomando antecipadamente as medidas necessárias para que achem emprego logo que desembarcarem; i) art. 21. Cria a Repartição Geral das Terras Públicas para dirigir a medição, divisão, e descrição das terras devolutas, cuidar de sua conservação, fiscalizar a venda e distribuição e promover a colonização nacional e estrangeira.

Esse o resumo, estruturado, da Lei de Terras.<sup>167</sup> Os detalhes relevantes dessa lei para o futuro estão na regularização das áreas anteriormente concedidas em sesmarias e as que ficaram em posse (entendidas estas as que não tem qualquer documentação), assim como a criação do sistema de compras e a necessidade de organização pela Repartição Geral de Terras Públicas. O mais significativo, no

---

<sup>167</sup> Ruy Cirne Lima traz interessante informação, ao mencionar que o sistema de vendas deriva do regime norte-americano das *public lands*, quando em 1785, em substituição ao de concessões criado pela Coroa britânica, estabeleceu-se o modelo de venda de terras devolutas. Afirma, que preliminarmente se fazia a divisão das terras em lotes, e havia, igualmente, eventuais dispensas de hasta pública. (LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990. p.67-68).

entanto, foi a estipulação de registro para as áreas, que, posteriormente, ocorreu por meio do denominado "Registro do Vigário".<sup>168</sup>

O Decreto n.º 1318, de 30 de janeiro de 1854 regulamentou a Lei de Terras<sup>169</sup> e tornou efetivo alguns de seus propósitos, como, por exemplo, a criação da função de Juiz Comissário (art. 30) que, a partir de pedido do particular interessado, agiria para efetivar a revalidação e legitimação das terras, com a medição e demarcação delas, nos termos do art. 36. Outras figuras importantes no processo eram o Inspetor-geral de Medições (art. 11) e o Juiz Municipal (art. 19). Ao Inspetor-geral cabia a responsabilidade de organizar a operacionalização das medições de terras, em parceria com seus subordinados (Agrimensores e outros, conforme arts. 11 a 21). Se algum confinante dos imóveis medidos se sentisse prejudicado, formularia "petição" ao Agrimensor, que após o término da medição, encaminharia o processo ao Juiz Comissionário ou ao Juiz Municipal para decisão, conforme art. 19.

Novidade do Regulamento da Lei de Terras é que alguns cessionários de sesmarias não precisavam se submeter ao procedimento de revalidação ou legitimação (arts. 23 e 27, segunda parte), bastando que requeressem a medição ao Juiz Municipal que, uma vez realizada, proferia sentença de medição. Com o trânsito em julgado, o proprietário solicitaria ao presidente da província que lhe fornecesse o "título, ouvidas as autoridades administrativas e pagos os emolumentos da época" (direitos de chancelaria). Tudo, nos termos dos arts. 59 e 60.

Os "proprietários" que estavam sujeitos à revalidação e legitimação eram os que tinham posses ou dúvidas quanto à sesmaria, nos casos dos arts. 24 e 27, primeira parte. Após todo o procedimento (arts. 32 a 58), os detentores alcançariam o título de "sua posse", conforme art. 61.

---

<sup>168</sup> Os objetivos que nortearam a Lei de Terras, nesse contexto, têm a ver com o cumprimento – ainda que tardio – do pacto de extinção do trabalho escravo firmado com a Inglaterra, a necessidade de ordenar a situação fundiária no país, estremando o que se entendia por terras públicas (então devolutas) e particulares, com a criação do processo de compra e a embrionária proposta do controle pelo registro.

<sup>169</sup> Para ver o Decreto e o inteiro teor do Regulamento, acesse: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm)>. Acesso em: 25/05/2014.



É comum verificar, da leitura dos artigos, que em alguns momentos fala-se em título de sua possessão, em outros em título de propriedade. Veja, como exemplo, os art. 59, 61 e 62:

Art. 59 As posses originariamente adquiridas por ocupação, que não estão sujeitas à legitimação por se acharem atualmente no domínio particular por título legítimo, podem ser contudo legitimadas, se os proprietários pretenderem obter título de sua possessão, passado pela Repartição Geral das Terras Públicas.

Art. 61 Obtida a sentença de medição, e passada em julgado, os proprietários poderão solicitar com ela dos Presidentes de Província o título de suas possessões; e estes o mandarão passar pela maneira declarada no art. 51.

Art. 62 Os possuidores de sesmarias, que, posto não fossem medidas, não estão sujeitas à revalidação por não se acharem já no domínio dos concessionários, mas sem no de outrem com título legítimo, poderão igualmente obter novos títulos de sua propriedade, feita a medição pelos Juizes Municipais nos termos dos artigos antecedentes. (grifo nosso)

Essa suposta atecnia, acredita-se, tenha se verificado pela natural falta de costume com o termo "proprietário" razoavelmente novo no momento da formulação da norma.

Uma vez obtido o título, ou adquirido o imóvel, nos termos da compra descrita nos arts. 64 a 71, surgia a necessidade de promover ao registro do imóvel, no então criado "Registro do Vigário".

O sistema registral concebido pelo Decreto n.º 1318 de 1854 (regulamento da Lei de Terras de 1850) ficou conhecido como "Registro do Vigário", porque em seu art. 97 designou os Vigários de cada freguesia do Império como responsáveis pela recepção, conferência e registro dos títulos referentes às áreas de sua região. O referido serviço de documentação<sup>170</sup> continha algumas interessantes disposições – para a época – as quais se referirá em apertada síntese.

Todos os "possuidores" de terras, qualquer que fosse o título de sua "propriedade ou possessão", como expressamente determinava o art. 91, estavam obrigados a "fazer registrar" as áreas, em prazos determinados, de dois anos, um ano ou seis meses, conforme o caso, nas casas paroquiais, sob os cuidados do Vigário de cada localidade (freguesia).

---

<sup>170</sup> Para analisar os artigos que estavam no "Capítulo IX – Do Registro das Terras Possuidas", assim como o integral texto do Decreto, acesse: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf)>. Acesso em: 25/05/2014.

O documento (título imobiliário) deveria conter o nome do possuidor, a designação da freguesia, a extensão da área, se fosse conhecida, e seus limites. O Vigário procedia à conferência e entregava uma das vias ao "proprietário", uma vez que o protocolo era a prova do cumprimento do dever de registrar.

Teixeira de Freitas, na Consolidação das Leis Civis aprovada pelo Imperador por meio do Decreto n.º 2318 de 22 de dezembro de 1858, manteve a normativa referente a esse "dever" registral, no art. 905, com o seguinte teor:

Art. 905. Todos os possuidôres de terras, na conformidade dessas Leis especiaes, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou posse, são obrigados á fazer registrar as terras, que possuírem.(24)<sup>171</sup>

Em nota ao artigo, o consolidador aduz:

(24) Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 Arts. 91 e seg. Com esse registro nada se-predispõe, como pensão alguns, para o cadastro da propriedade immovel, base do regime hypothecario germanico. Teremos uma simples descripção estatistica, mas não uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel do paiz, demonstrando sua legitimidade, e todos os seus encargos. O systema cadastral é impossivel entre nós.<sup>172</sup>

Como se percebe facilmente, o Registro do Vigário, para o consolidador, encerrava objetivo unicamente de levantamento estatístico dos imóveis, não sendo correto afirmar que demarcava caráter constitutivo da propriedade.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3.ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p.533. Esta obra pode ser consultada em sua integralidade em: <<http://livrosjuridicosdp.blogspot.com.br/2010/07/consolidacao-das-leis-civis-de-augusto.html>>. Acesso em: 25/05/2014.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 533-534.

<sup>173</sup> Interessante, neste sentido, a informação de Laura Beck Varela, de que quando da construção de Brasília, na década de 50 do Século XX, polemizou-se a respeito da natureza do registro do vigário, quando teve a União que discutir em juízo o direito às terras, em oposição a um particular que afirmava ser dono com base em seu registro paroquial. (VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.151).

O que ratifica a defesa de Teixeira de Freitas é o exato conteúdo do art. 94, em sintonia com o anterior, art. 93. Analise-se sua conjugação:

Art. 93. As declarações para o registro serão feitas pelos possuidores, que as escreverão, ou farão escrever por outrem em dois exemplares iguaes, assignando-os ambos, ou fazendo-os assignar pelo individuo, que os houver escripto, se os possuidores não souberem escrever.

Art. 94. As declarações para o registro das terras possuidas por menores, Indios, ou quaesquer Corporações, serão feitas por seus Paes, Tutores, Curadores, Directores, ou encarregados da administração de seus bens, e terras. As declarações, de que tratão este e o Artigo antecedente, não conferem algum direito aos possuidores. (grifo nosso)

Esse registro tinha pouco efeito prático, uma vez que as declarações eram unilaterais e imprecisas, o que as tornavam insuficientes para impor garantia estatal à propriedade privada.<sup>174</sup>

Dado histórico dos mais importantes, que reafirma esse processo de mercantilização da terra e de absolutização da propriedade imobiliária, é a promulgação da Lei n.º 1237 de 24 de setembro de 1864, e de seu regulamento por meio do Decreto n.º 3453 de 26 de abril de 1865, que rompeu com o disposto no Alvará de 20 de junho de 1774, ao reformar o sistema de "hypotecas" e criar o "Registro Geral de Imóveis".

A Lei n.º 1237<sup>175</sup> e seu Regulamento<sup>176</sup> extinguiram as denominadas hipotecas ocultas criadas pelo Alvará de 1774, determinando que as únicas formas hipotecárias possíveis eram as descritas em seu texto.

O mais importante, todavia, foi a criação do "Registro Geral", no qual deveriam ser transcritos os títulos de transmissão de imóveis suscetíveis de hipoteca, as instituições de ônus reais e inscritas as hipotecas propriamente ditas.

---

<sup>174</sup> SMITH, Roberto. **Propriedade da terra e transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990. p.336-337.

<sup>175</sup> Veja a Lei em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LIM/LIM1237.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM1237.htm)>. Acesso em: 25/05/2014.

<sup>176</sup> Para o teor, acesse: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM3453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM3453.htm)>. Acesso em 25/05/2014.

Entre os bens hipotecáveis, conforme o art. 2.º, § 1.º, figuravam os imóveis, seus acessórios, seus escravos e animais, o domínio direto dos bens enfiteúticos e o domínio útil destes bens (enfiteúticos).

O Decreto n.º 3471, de 3 de junho de 1865, que igualmente regulamentou a Lei n.º 1237/1864, criou as Sociedades de Crédito Real, responsáveis pela emissão de letras hipotecárias.<sup>177</sup> Os imóveis deveriam ser registrados para que sua individualização favorecesse a garantia oriunda da hipoteca. A segurança tornar-se-ia absoluta ao dono, desde que honrasse suas dívidas.

Pontes de Miranda é enfático ao afirmar que o sistema de registro de imóveis brasileiro nasce da Lei n.º 1237, na medida em que o recém-criado "Registro Geral" (art. 7.º) tocava não somente à anotação das hipotecas, mas também à transcrição dos títulos de transmissão de quaisquer imóveis suscetíveis de hipoteca e de criação de ônus reais.<sup>178</sup>

Apropriado afirmar, ainda que pareça óbvio, que esse sistema não é em nada semelhante ao codificado posteriormente, que previu a separação relativas dos planos de direito obrigacional e real, fazendo do ato registral o elemento constitutivo da propriedade. O modelo de 1864 inaugura, porém, a proposta de um sistema de publicidade aos direitos reais, como forma de garantia *erga omnes*. Ademais, o art. 8.º, § 4.º, deixa claro que: "A transcrição não induz a prova do domínio que fica salvo a quem fôr."

A partir da Lei de Hipotecas referenciada, a doutrina brasileira tende a apoiar a adoção de um sistema de registro mais completo, que seja suficiente a garantir maior segurança ao proprietário, substituindo-se o conteúdo até então vigente, fundado nas Ordenações Filipinas, por meio do qual "...tanto que o comprador fôr entregue da coisa comprada, e pagar ao preço ao vendedor, ou offerecer, logo he feito della senhor..."<sup>179</sup>, ou seja, da transmissão *solo consenso*.

---

<sup>177</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.175.

<sup>178</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI. p.203.

<sup>179</sup> Vide inteiro teor do § 1.º, do Título V, do Livro IV, das Ordenações Filipinas em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p783.htm>>. Acesso em: 15/06/2014

Teixeira de Freitas, favorável ao sistema registral, formulou severa crítica ao modelo do Código Civil francês, argumentando que não havia segurança proprietária no sistema unicamente do consenso contratual, sujeito a fraudes, má-fé e contratações múltiplas.<sup>180</sup> Em que pese tenha, em sua Consolidação, mantido o registro como meramente estatístico – até porque se tratava de reunir a legislação até então existente –, nesse momento compreende que, para uma nova legislação, era necessário modificar o caráter registral, conferindo-lhe maior efetividade no tocante às garantias proprietárias.

O Esboço de Código Civil, de Teixeira de Freitas, nos arts. 3735, 3809, 4075 e 4078, fez entender que o sistema a ser adotado seria inspirado no modelo germânico. O art. 4075, especificamente, mencionou a "transcrição no Registro Conservatório dos respectivos instrumentos públicos, quando transmitido por atos entre vivos, ou cedido o direito de reivindicar".

O Decreto n.º 169-A de 1890, criou o princípio da especialidade para todas as hipotecas, sem exceção, não mais sendo possível afirmar da existência de

---

<sup>180</sup> Veja o exato pensamento de Teixeira de Freitas: "Estabelecido pois o direito pessoal, de onde tem de resultar a transmissão da propriedade, e pois que a fé dos contractos deve ser mantida, muitos espíritos não quizerão vêr mais nada; e derão logo a propriedade como transmitida, e como adquirida, só pelo simples poder do concurso de vontades em um momento dado. Tomou-se a propriedade em seu elemento individual somente, não attendeu-se ao seu elemento social; contou-se com a boa fé das convenções, como se a má fé não fosse possível, ou não pudesse prejudicar á terceiros. As cousas, que se convencionou transmitir, é possível, que não sejam transmitidas; e a mesma cousa póde sêr vendida á duas diferentes pessoas. Se o contracto basta, independente de qualquer manifestação exterior da transferencia do domínio, o segundo comprador póde em boa fé transmitir tambem a cousa, que assim irá successivamente passando á outros. Ahi temos um conflicto de direitos, ahi temos uma colisão, onde aparece de uma lado o interesse de um só, e do outro lado o interesse de muitos. Deve-se indifferente sêr á constante incerteza do direito de propriedade, e ao abalo de tantas relações civis? Se este mal póde sêr inteiramente desviado, não convirá evita-lo no mais que for possível? A inovação do Codigo Civil da França foi tão inesperada, tão perigosa, tão oposta á boa razão, que por muito tempo duvidou-se de que houvesse derogado o regimen da Lei de 11 Brumaire anno 7.º. Trolong, Marlou, e muitos outros Jurisconsultos, não deixão, de confessar, que esta mudança tão grave foi sorrateiramente introduzida, sem a discussão especial, e profunda, que reclamava. Mesmo assim, quanto á bens moveis, o novo principio não teve applicação, e quanto aos imóveis foi applicado com restrições." (FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução a consolidação das leis civis. In: \_\_\_\_\_. **Consolidação das leis civis**. 3.ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p.cxciii-cxciv. Esta obra pode ser consultada em sua integralidade em: <<http://livrosjuridicosdp.blogspot.com.br/2010/07/consolidacao-das-leis-civis-de-augusto.html>>. Acesso em: 25/05/2014).

hipotecas ocultas ou gerais, e reafirma a necessidade de registro para operar efeitos perante terceiros.<sup>181</sup>

Por fim, a última tentativa de se efetivar um formato registral obrigatório para os bens imóveis, antes do Código Civil de 1916, aconteceu por meio do Decreto-federal n.º 451-B, de 31 de maio 1890<sup>182</sup> e do Decreto n.º 955-A<sup>183</sup>, de 5 de novembro do mesmo ano, que efetivariam o chamado "Registro Torrens", inspirado na Lei australiana de 1857, o *Real Property Act*.<sup>184</sup> O aludido formato registral era facultativo para todos os imóveis suscetíveis de hipoteca ou ônus reais. Era obrigatório, porém, para as alienações de terras públicas e imóveis urbanos situados na Capital Federal.

A Constituição de 1891 gerou sua não recepção, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal em acórdão de 3 de agosto de 1895. A despeito, o Decreto de 31 de dezembro de 1917, que instituiu a Lei Orçamentária daquele ano, reafirmou a vigência do Registro Torrens.<sup>185</sup>

Todo esse contexto, portanto, serviu de embrião ao sistema do "título e modo" adotado pelo Código Civil de 1916, que instituiu definitivamente o modelo do registro de imóveis como constitutivo da propriedade imobiliária, em seu art. 530, I e 531.

---

<sup>181</sup> Veja o inteiro teor do Decreto 169-A de 1890 em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-169-a-19-janeiro-1890-516767-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 25/05/2014.

<sup>182</sup> Vide seu teor em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-451-b-31-maio-1890-516631-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 25/05/2014.

<sup>183</sup> Seu texto poder lido em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-955-a-5-novembro-1890-553430-publicacaooriginal-71319-pe.html>>. Acesso em 25/05/2014.

<sup>184</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI. p.425.

<sup>185</sup> Vide, por todos, as palavras de Pontes de Miranda: O Decreto n. 451-B, de 31 de maio de 1890, estabeleceu o registro e transmissão de imóveis pelo sistema de Robert Torrens, proveniente da Austrália. O Decreto n. 955-A, de 5 de novembro, regulamentou-o. Sobrevindo a Constituição de 1891, entenderam alguns juristas, como SILVA COSTA (*R. de D.*, 60, 450) que era inconstitucional, em parte a legislação (e. g., Decreto n. 451-B, art. 75), e o Supremo Tribunal Federal, a 3 de agosto, de 1895 (*O D.*, 69, 191), acolheu essa interpretação reacionária da Constituição. CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil comentado*, III, 58) e alguns tribunais reputaram-na revogada pelo Código Civil. A Lei orçamentária n. 3.446, de 31 de dezembro de 1917, considerou-a em vigor. Ainda quiseram julgá-la inconstitucional, por ser lei ânuia. Contra todas essas tentativas simplistas, por parte de gentes que não viam o campo, a terra, com os seus problemas próprios, reagíramos." (*Id.*).

O Esboço de Teixeira de Freitas, ainda que não tenha se convertido em lei, mereceu relevo na edificação do Código Civil de Clóvis Beviláqua, por exemplo, ao manter-se a ideia de propriedade privada constituída por meio do registro de imóveis. Pelo modelo brasileiro de 1916, o contrato tão somente "promete" a constituição futura da propriedade, que se dará com o registro no cartório de imóveis. O atual Cartório de Registro de Imóveis é, em verdade, uma atualização do Registro Geral, criado pela Lei n.º 1237 de 24 de setembro de 1864.

A propriedade privada brasileira – e sua contemporânea forma de aquisição – deriva dessas experiências, construídas ao longo do período histórico aqui descrito, que teve por pano de fundo a colonização, a exploração do patrimônio tipicamente nacional pelos "descobridores", a transição da propriedade pública para a privada a partir de latifúndios e interesses de grupos específicos a cada época, e que vai culminar na fixação de um sistema tipicamente capitalista e influenciado, sobretudo, nos moldes europeus do século XIX, no modelo liberal, com a concentração do "poder e do dinheiro" nas mãos de poucos.<sup>186, 187</sup>

No que pertine ao sistema de aquisição da propriedade sob o formato do registro imobiliário, desde 1916 até o atual Código Civil, nada de expressivo mereceu alteração.

---

<sup>186</sup> Como adverte Carlos Frederico Marés, ao tratar da transição do século XIX para o XX na esfera da justa distribuição da terra: "O Brasil deixava para traz o Império do latifúndio e ingressava no século e na República do latifúndio. Foram modernizados os meios de produção e as relações de trabalho, mas a terra, no longo processo de transformação, havia deixado de ser a inseparável companheira do homem para ser domínio do indivíduo, capital, título, papel, bem jurídico, propriedade, enfim." (MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.79).

<sup>187</sup> Conforme Laura Beck Varela: "Essa concepção, fruto de um longo processo de ruptura em relação à propriedade jurídica feudal, é lida e assimilada pelos juristas brasileiros, que também vivenciaram uma transição para uma forma absoluta de propriedade. Transição esta, todavia, que não parte de uma forma feudal, mas de uma forma pública, concessão de natureza administrativa que vinculava os particulares à Coroa portuguesa. O ponto de chegada, contudo, será o mesmo: "A" Propriedade, conceito unitário, abstrato, absoluto – variação do modelo napoleônico-pandectista que se cristaliza no art. 524 do Código Civil de 1916." (VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.215).

## 2 AS ESTRUTURAS CLÁSSICAS DO DISCURSO PROPRIETÁRIO

As estruturas clássicas do discurso proprietário que, como visto, remontam à transição do antigo regime para a modernidade, edificaram-se com suas raízes fincadas no firme propósito de promover segurança ao titular, protegendo-o de qualquer questionamento sobre a qualidade de seu Direito.

As relações interpessoais baseavam-se na desconfiança e no individualismo, em sociedades que se construíam a partir de privilégios públicos para a elite burguesa e para os latifundiários de terras, o que tornava imperiosa a solidificação de um sistema que reforçasse a proteção da esfera patrimonial, recentemente focada na propriedade imobiliária.

O movimento das codificações atendeu adequadamente a esse propósito, tanto em países europeus quanto na América Latina. O Brasil adere à tendência com Código Civil de 1916.

No espaço proprietário sobre imóveis acontece a já informada trajetória do sistema sesmarial, fundado na posse, para a titularidade por compra e venda, com a exata delimitação entre bens públicos e bens particulares. O embrião é a Lei de Terras de 1850 e seus regulamentos, que já faziam menção a necessidade de se cadastrar os bens particulares em um Registro Geral para controle do Estado e maior segurança do adquirente.

Mas é o Código de Clóvis Beviláqua que vai inaugurar a atual (no sentido exato da palavra) sistemática de apropriação imobiliária, com a opção pelo modelo do "título e modo", baseado na dupla atuação do comprador para garantir, *erga omnes* e de forma absoluta, a propriedade e o domínio sobre os imóveis.

O projeto de lei aproveitou em muito os afazeres anteriores de Teixeira de Freitas em seu Esboço, que já previa a *transcrição* como elemento constitutivo da propriedade. O próprio Clóvis Beviláqua reconhece essa influência:

Nosso direito anterior adotara o sistema da transcrição, para que as transmissões da propriedade imóvel, por atos entre vivos, valessem contra terceiros. Mas a doutrina, representada pelos nossos mais notáveis juristas, Teixeira de Freitas (*Consolidação*, ps. CCX e CCXI, da Introdução, 3.ed., e nota ao art. 909), e Lafayette (*Direito das coisas*, § 43), via na transcrição a tradição dos imóveis. Todavia, como a lei somente exigia a transcrição para eficácia da translação do domínio, relativamente a terceiros, não somente havia quem



entendesse que a simples escritura de transferência era suficiente, como, na realidade, se criava, entre a escritura e a sua transcrição, que, aliás, podia não se efetuar, uma propriedade meramente relativa, o que repugna até ao próprio conceito da propriedade, que deve prevalecer *erga omnes*. Tínhamos, assim, uma publicidade falível, porque meramente voluntária, das translações do domínio. O Código, seguindo a orientação de Teixeira de Freitas e Lafayette, deu um passo adiante, no sentido da segurança, da publicidade mais completa, da prova suficiente, e da legalidade.

A propriedade móvel transfere-se, *inter vivos*, pela *tradição*, a imóvel pela *transcrição*, que é uma tradição solene, sendo ambas modos derivados de adquirir.<sup>188</sup>

A opção eleita não foi pacífica, tendo merecido debate legislativo<sup>189</sup>, mas que, ao final, fez predominar o sistema até hoje vigente, eis que repetido integralmente na codificação de 2002.<sup>190</sup>

Não há em nenhum dos dois Códigos Civis brasileiros uma referência específica à definição de propriedade. A ideia de definição como restrita, fechada e que expresse objetivamente a forma de existir de algo, de fato, não foi objetivo do legislador. Clóvis Beviláqua, no entanto, aproxima a perspectiva de um conceito de propriedade como sendo seus poderes, aliás, remetendo-se ao direito romano.<sup>191</sup>

Interessante perceber, ainda, que a redação do art. 524, aprovada ao final da tramitação do projeto de lei, restou diversa do que pretendia o codificador, na medida em que foram retiradas limitações ao uso da propriedade, o que, na perspectiva de Clóvis Beviláqua, tornou o artigo incoerente com outras disposições do Código, que tratavam de limitações proprietárias, tais como a usucapião e a desapropriação. Dos comentários mencionados, faz-se perceber que a intenção do texto original do

---

<sup>188</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.53.

<sup>189</sup> Veja a histórica informação de Clóvis Beviláqua: "Durante a discussão do *Projeto*, esforçaram-se alguns para se manter o princípio do direito anterior, de que a transcrição não induzisse prova de domínio, que ficaria salvo a quem de direito; mas, afinal, vingou a ideia de que o registro constitui uma prova suficiente, ainda que possa ser destruída." (*Ibid.*, p.54).

<sup>190</sup> Frise-se, que na tramitação do projeto de lei do Código Civil de 2002, não houve debate acerca do tema, recepcionado da lei anterior de forma pacífica nas casas legislativas.

<sup>191</sup> O codificador explica: "O *direito de propriedade* tem sido definido por diversos modos. Os romanistas adotaram um, que, realmente, parece traduzir, com finalidade, o conceito genuinamente romano dessa relação jurídica: - *dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. Os romanos, segundo demonstrou Jhering, e recorda Géný (*Interpretation et sources*, p. 165), não emprestavam à propriedade um caráter absoluto. O seu individualismo era subordinado às necessidades sociais." (BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p.44).

projeto não era a de outorgar poderes absolutos aos donos, típicos do individualismo proprietário, mas iniciar uma perspectiva de função social – ainda que como restrição –, o que veio a acontecer somente com a Constituição de 1934, que esse autor entende ter modificado o conceito de propriedade.<sup>192</sup>

Pontes de Miranda formula conceito de propriedade para além da descrição codificada, ao afirmar que:

Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (cp. Arts. 485, 524 e 862). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio. O primeiro sentido é o de propriedade, no art. 141, § 16, da Constituição de 1946. O segundo é o que corresponde aos arts. 524-530 do Código Civil. O terceiro é o menos usado nas leis, e mais em ciência. O quarto é mesclado aos outros e quase sempre é o que se emprega quando se fala de proprietário, em relação a outro titular de direito real (e.g., arts. 713 e 730).<sup>193</sup>

O sistema de aquisição imobiliária brasileiro, nesse contexto, envolve uma mescla do modelo alemão com o romano, e pretende separar, ainda que relativamente, o direito das obrigações em relação aos direitos reais, gerando a necessidade de efetivação de um contrato que tem por função colher a manifestação de vontade de alienar de um lado e a de adquirir de outro, mediante a paga de um preço. Uma vez

---

<sup>192</sup> As palavras do autor: "O Projeto primitivo dissera: 'A lei assegura ao proprietário, dentro dos limites por ela traçados, o direito de utilizar-se de seus bens, como entender, e de reivindicá-los, quando corpóreos, do poder de quem, injustamente, os detenha'. O Código Civil eliminou essa cláusula, que recordava as restrições legais da propriedade, e a que indicava a liberdade de proceder do proprietário. Ficou, assim, incompleta a definição legal, porque as restrições estão consignadas no Código (vejam-se: a seção V, do capítulo II deste livro; os princípios relativos ao usucapião; a desapropriação por utilidade pública), e fora dele, com os impostos e as prescrições municipais, por motivos de higiene, de utilidade e de aformoseamento. Quanto à liberdade, ainda que restrita, do proprietário, essa entra no conceito da propriedade plena. 2. - O conteúdo positivo do direito de propriedade está indicado nas expressões – *usar, gozar e dispor de seus bens*, que, aliás, pressupõem a posse. A defesa especial desse direito, claramente, aparece nas palavras – de reavê-las do poder de quem quer que injustamente as possua, que se referem à ação de reivindicação. [...] 3. - A Constituição de 1934, art. 113, n. 17, modificou o conceito de propriedade consignado no Código Civil, aproximando-o mais do exarado no Projeto primitivo. Estatui o citado preceito constitucional: - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar." BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.45).

<sup>193</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI. p.9.

cumpridas as obrigações reciprocamente, surge a obrigatoriedade de que o pacto seja registrado (*transcrito, inscrito*) no Cartório de Registro de Imóveis, para que, somente nesse momento, seja a propriedade constituída ao novo dono.<sup>194</sup>

Não se descarte, por certo, a contribuição do *Code Napoléon*, no que pertine ao modelo marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo típicos do Estado Liberal.<sup>195</sup>

O Código Civil brasileiro atual, no campo proprietário, manteve a opção pelo modelo estrutural e analítico definido na legislação anterior, não fazendo sequer referência à função social delimitada como direito fundamental na Constituição de 1988.

Por conta dessa bipartição de atividades é que a doutrina trata o sistema como de "separação dos planos" na aquisição imobiliária. Em outras palavras, o primeiro plano, do contrato de compra venda (ou doação, ou permuta), em regra por escritura pública, é meramente obrigacional, no sentido de que as partes se comprometem a pagar (ou receber, ou trocar) e a entregar o bem (vendedor, ou doador, ou permutante). Nasce, a partir daí, a obrigação de o comprador promover outro ato público, o de registrar no serviço imobiliário estadual, para que alcance efetivamente a propriedade e possa, não apenas se proteger de terceiros, mas, igualmente, do próprio vendedor. O contrato, em verdade, tem a única função de estipular as obrigações, não se afigurando como suficiente à constituição da propriedade.

Nesse contexto jurídico é que se situa o sistema de transmissão imobiliária vigente no Brasil, que é peculiar, e guarda acentuadas diferenças em relação a outros modelos europeus que o inspiraram.

---

<sup>194</sup> No sentido do exposto, a manifestação de Clóvis Beviláqua, ao defender o projeto na Câmara dos Deputados: "O Sr. Clóvis Beviláqua – E, finalmente, Sr. Presidente, a publicidade que tem um duplo efeito: - Em relação aos capitais, primeiro, porque estes, sendo, por via de regra, timoratos, não se vão arriscar, facilmente, em transações que tenham por base o crédito real, não tendo conhecimento completo, pleno, do estado civil (a expressão não é minha, é corrente em direito) da propriedade do imóvel. Em relação aos proprietários, a vantagem está na facilidade, que terão de, apresentando o seu direito tal como ele realmente é, obter a atração dos capitais e poderem, assim, fazer explorações eficazes das terras que possuem. Tratando nós de organizar o Código Civil, era natural que nos preocupássemos com esse assunto, e, então, supus eu que era ocasião própria, se não de introduzir, entre nós, porque parecia impossível, o sistema chamado germânico, em sua plenitude, porque ele depende da propriedade cadastrada, ao menos no que tem de essencial e aplicável, sem dependência de cadastro. Foi o que fez o Projeto, determinando que a propriedade imóvel se adquira pela inscrição do título translativo no registro predial". (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 5.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, s/d. p.327-328).

<sup>195</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.36-37.

Perceba-se, pois, que a separação dos planos não é a única espécie de ordenação jurídica acerca da transmissão da propriedade existente no Direito. Em contraposição à sua *pretensão* totalizante e exauriente de segurança, existe a teoria consensualista, dotada igualmente de grande efeito protetivo, por meio da qual os direitos reais se transferem diretamente pela contratação, tanto no campo mobiliário como no imobiliário.

Sem embargo, especialmente por vigorar no direito pátrio a teoria da separação, esta será o objeto inicial da análise. Ao depois, por certo, tratar-se-á da perspectiva do consensualismo.

## 2.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PLANOS OBRIGACIONAIS E REAIS

A separação dos planos – obrigacionais e reais – pode ser definida como a exata divisão entre o momento do encontro de vontades, com sua organização obrigacional, e o tempo da transferência do direito real sobre o bem objeto da atividade relacional.

Clóvis do Couto e Silva entende a aludida separação dos planos nos seguintes termos:

O negócio dispositivo não tem apenas base histórica, romanística, nem é fruto do liberalismo. A separação dos planos é decorrência lógica da distinção entre negócio jurídico obrigacional e real, pois, mesmo dentro do âmbito estrito dos direitos das obrigações, o adimplemento, como ato que extingue a obrigação, se opera em fase diversa e distanciada da do nascimento do vínculo. Quando o adimplemento da obrigação importa, entretanto, em alienação de domínio, não poderia o negócio obrigacional atingir área que lhe é estranha, necessitando, em tais hipóteses, para que o adimplemento se consuma, da existência de negócio jurídico de direito das coisas.<sup>196</sup>

Esse autor ainda completa, citando Karl Larenz, que "o que impede que se considere unitariamente a venda – como negócio a um só tempo obrigacional e

---

<sup>196</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.51.

dispositivo, composto de dois momentos, como sugere Larenz – é a circunstância de ambos situarem-se em planos diferentes."<sup>197</sup>

A teoria da separação dos planos, na doutrina de Rolf Stürner, é a separação sistemática entre o dever decorrente do negócio (compra e venda) e a alteração sobre a situação da coisa (transmissão).<sup>198</sup>

Nessa sequência de ideias, a teoria da separação dos planos obrigacionais e reais tem por objetivo distinguir cada momento da transmissão proprietária, na tentativa de conceder segurança ao trânsito jurídico, em especial, no tocante à esfera imobiliária.

José Alberto C. Vieira, ao conceituar os direitos reais<sup>199</sup>, de maneira bastante clara, posiciona as três teorias existentes: a clássica (realista), as personalistas e as mistas. Para a teoria clássica, o direito real é a relação da pessoa com a coisa, com poder direto e imediato, não sendo a ninguém lícito interferir nessa ligação (efeitos *erga omnes*). Esta teoria tem força de fundamento na pandectística alemã. A doutrina personalista, por sua vez, defende a impossibilidade de relação entre pessoa e coisa, havendo, sim, relação entre pessoas, como a do proprietário com a coletividade que deve se abster de incomodar seu direito. O autor coloca Windschied (na Alemanha) e Planiol (na França) como expoentes deste pensamento. No centro, a teoria mista, que une o que as duas guardam de útil, ou seja, há direito sobre a coisa e este deve

---

<sup>197</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.51.

<sup>198</sup> Veja contextualização do autor: "No uso linguístico do dia a dia não se diferencia, em geral, a compra e venda da transmissão da propriedade. Quem compra um livro numa livraria e paga - sendo o bem a ele logo entregue - descreverá como irrealista, se um jurista lhe diz que se trata aqui de um contrato de compra e venda e de dois atos de transferências (do dinheiro e do livro). O leigo reagiria de outra forma, no entanto, se mediar um tempo maior entre a compra e venda e a entrega. Assim ocorre, se o livreiro tiver de encomendar o livro e quiser enviá-lo só após uma semana. Essa separação sistemática entre o dever decorrente do negócio (compra e venda) e a alteração sobre a situação da coisa (transmissão) e descrita como *Princípio da Separação*. Deve-se observar que o negócio jurídico nem sempre precisa ser uma compra e venda, pode ser qualquer outro negócio que implique uma modificação jurídica sobre a coisa (p. ex. permuta, contrato de sociedade, partilha de herança), até mesmo uma alienação fiduciária, na qual a propriedade deve ser transmitida para assegurar um direito." (STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. Tradução de Marcio F. Mafra Leal. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.50).

<sup>199</sup> Lembre-se que o Código Civil, na pretensão de não atribuir direitos reais à posse, nomina o Livro III da parte especial como "Direito das Coisas".

irradiar-se perante terceiros. Em outras palavras, o jurista português explica que na teoria mista há uma vertente interna e outra externa: a interna consagra um poder direto e imediato sobre a coisa, enquanto a externa cuida do dever geral de as pessoas respeitarem o direito real do titular (efeitos *erga omnes*). Trata as duas últimas no plural ("personalistas" e "mistas"), por apresentarem variações de acordo com a ideia de cada um de seus defensores.<sup>200</sup>

Os direitos obrigacionais, em sentido diverso, informam-se por uma relação entre pessoas, em que o titular de um direito (credor) tem legitimidade para exigir de outro (devedor) o cumprimento de uma prestação, havida em uma relação jurídica específica entre eles.<sup>201</sup>

A aludida divisão tende a gerar o entendimento de que as obrigações são vínculos pessoais e mediatos, na medida em que dependem do cumprimento de atitudes pelo devedor e pelo credor, ligando apenas as partes contratualmente envolvidas, sem beneficiar nem prejudicar terceiros.<sup>202</sup>

O exame das fases da relação obrigacional e real tem grande relevância na dogmática orientadora do Código Civil, assim como na concepção da doutrina clássica – que ainda se mantém como majoritária –, especialmente porque vinculam os efeitos "entre as partes" e os efeitos "perante terceiros". Esse, pode-se afirmar, é o paradigma forte que fundamenta a separação de planos ora em análise.

Roberta Mauro Medina Maia defende, para além disso, que a oponibilidade *erga omnes* "é o único traço verdadeiramente comum a todos os direitos reais e o atributo capaz de conferir eficácia real a qualquer figura", bem como negar aos demais institutos de direito privado.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> Após apresentar as três teorias, José Alberto C. Vieira formula um conceito próprio: "direito real é aquele que atribui um determinado aproveitamento de uma coisa corpórea." Prefere manter a tradição distintiva entre direitos reais e pessoais, que entende como "autonomia científica" dos direitos reais. Em que pese esta tese não compartilhe da ideia do autor, entendeu-se por coerente remeter à sua explicação acerca das teorias, visto que objetiva e completa. (VIEIRA, José Alberto C. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.77-83).

<sup>201</sup> Neste sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.16. Vide, ainda: VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2012. p.15-16.

<sup>202</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.13.

<sup>203</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: RT, 2013. p.57.

A determinação do objeto negocial, da prestação, das partes e das formas de cumprimento, está no conteúdo obrigacional. Uma vez cumpridos todos os requisitos oriundos do contrato é que se alcançará o momento da alteração do titular, com a efetivação do direito real, pela tradição (para os móveis) e pelo registro (para os imóveis).

Pontes de Miranda, a par de tudo o que se examinou até aqui, explica essa divisão – sem se referir a separação de planos – na necessidade de existirem dois negócios jurídicos nas relações de transmissão de bens (móveis ou imóveis), ou seja, deve haver um contrato e um acordo de transmissão. O autor explica que, nesse contexto, apenas o "ato jurídico de alienação" (o contrato) não é suficiente a transferir a propriedade, precisando manifestar-se outra vontade de transmissão.<sup>204</sup>

Essa situação relacional complexa tomará forma de acordo com cada sistema jurídico e suas escolhas. Quer-se afirmar, por conseguinte, que a teoria da separação dos planos pode se apresentar de maneiras diversas em cada ordenamento jurídico interno dos países.

Nesse formato jurídico que aparta os planos, existem duas modalidades a serem objeto de averiguação: a separação total e a separação parcial, de acordo com os caminhos que devam trilhar as causas e os atos dos participantes das atividades jurídicas havidas nas relações interprivadas.

São exatamente essas duas espécies que dão o tom da distinção do sistema brasileiro para o sistema alemão de transmissão imobiliária.<sup>205</sup>

### 2.1.1 A separação absoluta e relativa dos planos

A separação dos planos na órbita proprietária pode ser total ou parcial, ou seja, absoluta ou relativa. Na primeira, a norma positivada divide rigidamente cada

---

<sup>204</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI. p.309-310.

<sup>205</sup> Visando a evitar-se uma abertura demasiada do problema de pesquisa objeto desta tese, no próximo item (2.1.1), considerar-se-á unicamente os sistemas alemão e brasileiro de separação dos planos.

momento da atividade relacional, fazendo-os absolutamente autônomos entre si, o que gera efeitos peculiares a cada fase, não atingindo as demais. Na segunda, existe a intenção de separar-se os efeitos da atividade relacional, mas mantém-se a interdependência entre elas, de modo que se uma restar viciada, ambas perecerão.

Principie-se pela *separação absoluta*. Pelo sistema da separação absoluta dos planos, que tem como grande modelo o direito germânico, o BGB de 1896 separou objetivamente o contrato de compra e venda em relação ao ato que transfere a propriedade.<sup>206</sup>

Conforme Clóvis do Couto e Silva, o sistema se divide em três "atos jurídicos" criteriosamente delineados e específicos: um primeiro, em que o contrato de compra e venda tem por finalidade estipular o bem, as partes e os valores (negócio obrigacional); o segundo, que se refere a outro negócio, em que acontece o acordo de transmissão a respeito da propriedade do bem vendido (negócio de direito das coisas); e o último, denominado acordo de transmissão sobre o preço (também negócio jurídico de direito real).<sup>207</sup>

Por esse formato de transmissão proprietária sobre imóveis, cada um dos três momentos pode ser efetivado em épocas diversas, a critério dos negociantes. Porém, o comprador somente adquirirá a propriedade imobiliária quando do último ato, que corresponderá ao registro. Este último, tratado como "acordo de transmissão", é abstrato e se situa no plano do direito das coisas.

A grande peculiaridade do sistema da separação total dos planos, é que existem três manifestações de vontade, em três atos diferentes, com total independência entre eles.

Na hipótese, por exemplo, de provar-se a nulidade do contrato de compra e venda, localizado na esfera obrigacional, em nada afetará a transmissão imobiliária, na medida em que são negócios autônomos. Poder-se-á, para reparação do prejuízo, buscar a via da ação indenizatória ou outra medida suficiente ao ressarcimento, mas não haverá anulação do pacto.

---

<sup>206</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FRANK, Felipe. Revisando os direitos reais a partir de sua interface com o direito obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real e obrigacional nas relações privadas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v.32, n.63, p.143, 2011.

<sup>207</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.55.



Verifica-se, no direito alemão, muito próximo ao conceito de separação, a noção de abstração nas negociações proprietárias. Ainda que se constituam em institutos diversos, seus assuntos se permeiam, tendo em vista que as realidades negociais, consideradas isoladamente, não servem de fundamento para alcançar outras, ainda que a finalidade geral do negócio seja única, ou seja, a venda ou doação de um imóvel.

A explicação de Rolf Stürner é clara:

Da Separação deve-se diferenciar o *Princípio da Abstração*. Aqui é determinante verificar se o negócio real requer a causa (questão da "abstração do conteúdo") e se sua eficácia depende do negócio obrigacional ("abstração externa"). No direito positivo alemão não há dúvida de que essas questões têm resposta negativa, de que a disponibilidade, pois, está livre de uma finalidade e é *independente* do negócio causal. A lei se filiou – sob a influência da doutrina de Savigny<sup>2</sup> – ao Princípio da Abstração, porque se acreditou que isso se prestaria à segurança e clareza jurídica; a incerteza em torno da "causa" e sua existência não deveriam afetar a imputação legal da propriedade. A transmissão de coisas deveria ser livre da "finalidade" e seu surgimento, assim como a sua conclusão, independente do negócio causal.<sup>208</sup>

Em virtude de sua clareza, e para finalizar, a lição de Mônica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, sobre o sistema alemão da separação absoluta dos planos:

No ordenamento jurídico alemão vigora o sistema do modo. O efeito real não depende, por qualquer forma, do negócio obrigacional em que se manifesta a vontade de atribuir e adquirir o direito real sobre o imóvel (*Verpflichtungsgeschäft*), mas de um processo que envolve um negócio de disposição (*Einigung*) havido como abstracto e a inscrição no livro fundiário (*Eintragung*). Vigora, assim, um sistema de modo em que o modo é complexo, pois não se reduz à inscrição; envolve, também, a *Einigung* que, como resulta do exposto, não se confundindo com o negócio obrigacional (*Verpflichtungsgeschäft*), é o acordo executivo das obrigações que aquele firmou. à irrelevância liminar do título corresponde uma abstracção do efeito do título – um princípio de abstracção.

E porque, no sistema do modo, o efeito real depende de um acto *ad hoc* de produção desse efeito, diferente do acto em que se exprime a vontade de o alcançar, é claro que o efeito não se liga a este último, não havendo, por isso, também, lugar a um princípio da consensualidade em matéria de aquisição, modificação ou extinção do direito real.

---

<sup>208</sup> STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. Tradução de Marcio F. Mafra Leal. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.51.

Por fim, o assento registal, enquanto elemento do modo complexo *supra* referido, é constitutivo, uma vez que é imprescindível para que a aquisição, modificação ou extinção ocorra, mas não é suficiente.<sup>209</sup>

A separação absoluta dos planos, assim, tem por característica básica o fundamento da abstração da causa em relação à finalidade, na consideração dos "negócios" que compõem a atividade de transmissão imobiliária.

No que se refere à *separação relativa* dos planos, há uma divisão específica entre as esferas do contrato e do direito real. Não existe, entretanto, a incomunicabilidade entre elas, uma vez que o contrato cumprido é que se leva a registro, atendendo-se ao requisito para a consolidação do direito real, com a transmissão da propriedade.

É o exemplo do sistema brasileiro, em que a compra e venda, a permuta ou a doação são entendidas como os negócios de alienação e, uma vez satisfeitos, surge o acordo de transmissão, que se consolida no ato registral. Como já se viu, a opção do Código Civil de 1916 foi por esse sistema de transferência de bens.

Lembre-se, por importante, que o modelo se verifica tanto para a transmissão de bens móveis quanto para os imóveis. Acontece que no caso dos móveis o fato de o acordo de transmissão se resolver com a tradição torna quase imperceptível a formalidade teórica. Na situação dos imóveis, considerando-se que o referido acordo de transmissão se conclui com o registro, a solenidade se distancia da realidade, o que possibilita um grande contingente de situações problemáticas.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1245, manteve a constituição da propriedade por meio do registro de imóveis, na mesma sintonia dos arts. 530 e 531 do Código de 1916<sup>210</sup>. A determinação legislativa ora em vigor (ano de 2014), portanto, tem seu fundamento na justificativa do primeiro codificador, Clóvis Beviláqua, que remonta ao

---

<sup>209</sup> JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. **Efeitos substantivos do registo predial – terceiros para efeitos de registo**. 985f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. p.38-39.

<sup>210</sup> Na descrição original do Código Civil de 1916: "Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel: I. Pela transcrição do título de transferência no registro de imóvel."; "Art. 531. Estão sujeitos á transcrição no respectivo registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por acto entre vivos." (SIQUEIRA, A. do Valle. **Código civil brasileiro anotado de acordo com a jurisprudência dos nossos tribunais**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C. Editores, 1922. p.204).

final dos anos 1800, momento em que a elite proprietária buscava segurança<sup>211</sup> absoluta<sup>212</sup> nas apropriações imobiliárias, e não havia, ainda, uma consciência de funcionalização social dos bens e dos contratos.

O contrato de compra e venda, atualmente fixado no art. 481, este sim, repete integralmente a vontade codificada em 1916 (art. 1122<sup>213</sup>), designando que vendedor *se obrigada* a transferir o domínio de certa coisa e o comprador se compromete a pagar o preço. Em nada diferem, igualmente, as outras atividades contratuais que têm por finalidade a transmissão de bens, tais como a doação (art. 1165 no CC 1916 e 538 no CC 2002) e a permuta (art. 1164 do CC 1916 e art. 533 no CC 2002).

A sistemática, então, que ora se exemplifica pela transmissão pela compra e venda, pode ser resumida da seguinte forma: a) as partes fazem um contrato em que o devedor promete pagar e o comprador promete transferir "o domínio"; b) "o domínio" somente é transferido com o registro do contrato.

A lei, a doutrina e a jurisprudência tradicionais desejam a exata demarcação de cada momento na atividade translativa sobre imóveis: uma de compromisso obrigacional e outra de mutação da titularidade. Fica simples, pois, compreender que o contrato não é suficiente para a transmissão da propriedade, devendo a escritura pública (ou particular nos negócios de pequeno valor) ser registrada no cartório de registro de imóveis.<sup>214</sup>

<sup>211</sup> Veja a justificação de Clóvis Beviláqua: "Os receios, formulados por alguns juristas pátrios, sobre serem infundados, não teriam aplicação cabal, no regime aceito pelo Projeto, porque não se propõe uma dessas reformas radicais, que subvertem, nos seus fundamentos, um sistema pre-existente, mas um simples reforçamento, no intuito de obter-se mais firme consolidação da propriedade imóvel, como aliás já o reconheciam como necessário alguns juristas brasileiros, que estudaram o assunto, por ocasião de se discutir a reforma hipotecária de 1864." (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 5.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, s/d. p.324).

<sup>212</sup> No sentido da segurança absoluta, Pontes de Miranda é objetivo: "A propriedade é direito absoluto e tem, por isso mesmo, eficácia *erga omnes*. Os sujeitos passivos do domínio e dos outros direitos reais são todos, o *alter*." (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI. p.16).

<sup>213</sup> "Art. 1122. Pelo contracto de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro." (SIQUEIRA, A. do Valle. **Código civil brasileiro anotado de acordo com a jurisprudência dos nossos tribunaes**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C. Editores, 1922. p.377).

<sup>214</sup> Caio Mario da Silva Pereira explica isso: "Ao elaborar o seu Projeto, Clóvis Beviláqua teve presente a doutrina civilista brasileira então vigente bem como a contribuição germânica, resultando no Código Civil de 1916 um sistema adaptado às condições da propriedade no País que, não dispondo de

Os planos de que se fala para os bens imóveis, portanto, são os planos da negociação e do adimplemento (obrigacionais) e o da constituição do direito proprietário (real). O vendedor e o comprador, na obrigação, tornam perfeito o negócio, com o cumprimento dos deveres recíprocos, de pagar e de entregar. O registro, porém, para gerar eficácia perante terceiros e para constituir a propriedade, é ato do comprador, que não precisa da participação do vendedor.<sup>215</sup>

Dessa forma, tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002, preveem a separação dos planos obrigacionais e reais como base do estudo do direito imobiliário. Não obstante, a separação é relativa, na medida em que a atividade jurídica (negócio) é vinculada, e contínua, ao ato de transmissão (registro).

Apesar de apartar a esfera obrigacional da real, o sistema brasileiro difere – e muito – do alemão, especialmente porque lá vigora a abstração da causa, como já se mencionou, ou seja, cada negócio existe por si e em hipótese de anulação, por exemplo, do ato de alienação, a transmissão será mantida intacta. Divide-se, portanto, de maneira absoluta, cada momento do complexo trâmite para a sucessão negocial dos bens imóveis.

Impossível pensar-se, no sistema pátrio, na possibilidade de nulidade do contrato sem o correspondente desfazimento dos efeitos do registro. Da mesma forma, o contrário não ocorre. Por essa razão é que se nomina o modelo brasileiro como de separação relativa.

---

um sistema de cadastramento como a Alemanha, não poderia instituir o registro geral de imóveis com os efeitos do sistema tedesco. Limitou-se, pois, o nosso direito a instituir um sistema de registro aproximado do germânico: a técnica germânica da aquisição do domínio pelo registro, mas sem os efeitos todos. Pelo nosso direito, o contrato não opera a transferência do domínio. Gera tão-somente um direito de crédito, impropriamente denominado direito pessoal. Somente o registro cria o direito real. É o registro do instrumento no cartório da sede do imóvel que opera a aquisição da propriedade (Cód. Civil, arts. 530 e 531)." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.4. p.92-93).

<sup>215</sup> Neste sentido, é precisa a orientação de Clóvis do Couto e Silva: "Essa duplicidade de planos – sobre os quais se fundamenta o sistema do nosso Código Civil – torna impossível, como se afirmou, qualquer tentativa de tratarem-se unitariamente os negócios jurídicos. Quem vende um imóvel, por escritura pública, não necessitará de outro ato, ou de outra declaração de vontade, para que possa ser realizado o registro, pois, na vontade de vender – frise-se mais uma vez – está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no albo imobiliário." (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.56).

Como bem ensina Caio Mario da Silva Pereira:

Somente o registro cria o direito real. É o registro do instrumento no cartório da sede do imóvel que opera a aquisição da propriedade (*Cód. Civil*, art. 530 e 531). Mas, dentro de nossa sistemática, o registro como modo de aquisição não tem a natureza de negócio jurídico abstrato, como no germânico. É, então, um *ato jurídico causal*, porque está sempre vinculado ao título translatício originário, e somente opera a transferência da propriedade dentro das forças, e sob condição da validade forma e material do título.<sup>216</sup>

Aqui, há apenas *um contrato* que tem por função tão somente reger as situações jurídicas da obrigação, os compromissos, tais como: preço, prazo, entrega, entre outros. O documento deve ser realizado por escrito público ou, excepcionalmente, particular, mas o ato no Cartório de Registro de Imóveis, pelo comprador, é indispensável, na atual configuração civilística. É o modelo do "título e do modo"<sup>217</sup>.

Nessa linha, acompanhe-se a explicação de Clóvis Beviláqua:

Observações – 1. O título translativo, nos atos *inter-vivos*, é, apenas, constitutivo de obrigação entre as partes. É a transcrição dele que opera a translação do domínio. Por isso a data do registro e não a do título é que determina a transmissão, salvo se outra se fixar no próprio título, como nas transmissões aprazadas.

---

<sup>216</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.4. p.93.

<sup>217</sup> O sistema do *título e do modo* é o que prefere a separação dos planos ao consensualismo, dividindo-se os momentos aquisitivos em contratação e registro. No Brasil, como visto, é o modelo legal: o título é o contrato e o modo é o registro. Sobre esse formato, veja a lição de Antonio A. Vieira Cura: "Bártolo, no entanto, não qualifica a *traditio* como *modus acquirendi* da propriedade, não contrapõe o *titulus* ao *modus*, nem empreende qualquer construção doutrinal com base nas normas jurídicas romanas que comenta. A primeira teorização do sistema deve-se, muito provavelmente, a Johann Apel (1486-1536). Em duas das suas obras (uma publicada ainda em vida em 1535, e outra postumamente, em 1551), esse jurisconsulto alemão – que podemos incluir entre os humanistas – formula, na verdade, a advertência de que os modos de adquirir o domínio não devem ser confundidos com os contratos (nem com os delitos, com os quase contratos e com os quase delitos) e salienta que a propriedade das coisas não pode ser transferida, designadamente, através de doação, transação ou convenção – porque '*uma coisa é o domínio e outra a obrigação*' e, assim, '*um coisa é a causa do domínio, sem dúvida o modo de adquirir o domínio, e outra é a causa da obrigação, a saber, o contrato*' – mas, designadamente, pela tradição (que inclui no '*modi acquirendi dominum*' pertencentes ao *ius gentium*; e, além disso, afirma que a *traditio* só opera a transmissão da propriedade desde que fundada numa '*iusta causa*', que normalmente é um contrato (máxime a compra e venda). (CURA, António A. Vieira. Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais: algumas considerações sobre a história do "sistema do título e do modo". In: ASCENSÃO, José de Oliveira; ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de; MARTINEZ, Pedro Romano (Coord.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Raúl Ventura**. Coimbra: Coimbra Editora (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2003. v.1: direito romano e história do direito.p.386-387).

A transcrição é a tradição dos imóveis. Como tradição, não transfere mais direitos do que tem o alienante. Se não traduz a verdade, anula-se. Veja-se o vol. III, p. 76, dos *Trabalhos* do Senado.<sup>218</sup>

Sobre a natureza do registro no Brasil, novamente as palavras do codificador:

I. O registro de imóveis é o instrumento da publicidade das mutações da propriedade e da instituição dos direitos reais sobre imóveis. A lei anterior denominava-o geral, mas fora organizado em referência à hipoteca. O Código Civil aproveitou o mesmo aparelho, dando-lhe maior amplitude. Aparelho de publicidade, o registro deve ser acessível a todos os interessados, ou a todos os que lhe desejem ver os livros. O oficial do registro não tem que indagar da razão pela qual a pessoa quer examinar os assentos do registro, nem pode negar a certidão de atos exarados nos seus livros. O registro de imóveis, porém, não se limita a dar publicidade aos atos jurídicos referentes às mutações da propriedade. A constituição, transferência e modificações dos direitos reais, em geral, devem refletir-se nesse registro, a fim de que ele dê, na medida do possível, exatas informações a respeito do estado dos bens de raiz e suas alterações, assim como dos direitos reais, que os ampliam ou destroem.<sup>219</sup>

Como bem se depreende da descrição, o registro tem a função dúplice: ofertar publicidade e constituir, transferir ou modificar direitos reais, quando houver mutações na propriedade imóvel.

A "publicidade", a bem da palavra, é, e sempre foi desde 1916, o principal objetivo do registro, visto que a partir dela é que se cria a presunção de conhecimento geral da transferência do bem, fazendo valer os efeitos *erga omnes*, ainda que totalmente fictos. Outro fundamento que leva a essa conclusão é o de que não se optou pela separação absoluta, como no sistema alemão, abstraindo-se causa e efeito da esfera relacional. O que se pretendeu, no formato brasileiro, foi apenas conferir segurança ao proprietário, por meio de um registro cadastral, que, pela intervenção estatal do registro, presume-se de conhecimento geral e inatacável.

Na separação relativa, portanto, há o plano de obrigações, que corresponde à vontade recíproca da alienação e de compromisso em se passar a propriedade, e o de direitos reais, que é o registro. Aqui, o que se registra é o contrato de compra e

---

<sup>218</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.56.

<sup>219</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 5.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, s/d. p.321-322.

venda obrigacional. Na absoluta alemã, são três momentos, com manifestações distintas: no âmbito obrigacional e no real. O que se registra é o contrato real.<sup>220</sup>

Sobre o sistema brasileiro, vigente desde de 1917, como peculiar e de natureza "mista", interessante a interpretação levada a efeito pelo já citado autor alemão Rolf Stürner

Se tentar-se classificar o modelo brasileiro de aquisição da propriedade, o observador de fora chega à conclusão de que o Brasil, como algumas ordens jurídicas, especialmente dos países ibéricos, consagrou o Princípio Unitário, embora se exija, para a transmissão da propriedade, o ato real do registro (art. 1227, 1245 CC) ou o ato real da tradição (art. 1267 CC). Não é correto falar de um Princípio da Separação, porque, por exemplo, para a compra e venda, não se estabelece nenhum outro negócio jurídico para a transmissão da propriedade, composto por duas declarações de vontade e ato real, mas apenas de um mero ato real de registro ou da aquisição da posse. Com a extinção do contrato unitário, como fundamento jurídico da aquisição, cai também a propriedade. Já que não há uma separação em dois negócios jurídicos, também não é correto insistir no Princípio da Causalidade no direito brasileiro, porquanto é evidente que a aquisição, sem um contrato válido, não é possível. O Princípio da Causalidade em oposição ao Princípio da Abstração descreve a relação entre dois negócios jurídicos, não a relação entre um único negócio jurídico e um ato real para ocorrência da aquisição.

Até para superação das debilidades do Princípio Unitário, o direito brasileiro parece seguir conhecidas receitas para saná-las. Para obter a separação do contrato obrigacional e seu cumprimento, conhece-se, no direito imobiliário, o contrato de promessa de compra e venda, cuja execução contra o terceiro adquirente pode ser inscrita no Registro de Imóveis (art. 1225, VII CC), mesmo se só o contrato de compra e venda efetivo, com o seu registro imobiliário, for apto a transmitir. As debilidades do contrato de compra e venda, que, por diversas razões, pode extinguir-se, procura o direito brasileiro superar, sobretudo com regras de usucapião, que, especialmente em imóveis, são bastante generosas (art. 1238 e ss. CC), mas também para moveis têm amplo alcance (art. 1261 CC).

Se bem compreendido o art. 1245, pr. 2 do CC, o tráfego jurídico deve confiar na inscrição do que consta como proprietário no Registro de Imóveis até o seu cancelamento, concluindo-se por uma publicidade positiva (confiança na "palavra" do registro de imóveis), que, como no direito espanhol, tutela a aquisição em confiança na inscrição, e, com isso, uma forma de abstração da aquisição da coisa em favor de um segundo adquirente.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda: promessa & reserva de domínio**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.32.

<sup>221</sup> STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. Tradução de Marcio F. Mafra Leal. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.64.

De fato, ao observador externo, o sistema brasileiro resta um tanto complicado de se compreender tendo por base os modelos europeus. A dúvida reside em defini-lo como de separação dos planos ou como consensual, também denominado unitário.

Em verdade, a denominação de separação "relativa" é uma construção da doutrina brasileira, com a contribuição marcante de Clóvis do Couto e Silva, quando, em confronto com o sistema germânico, afirma: "O sistema adotado, no Código Civil brasileiro, é o da separação relativa; e nele não se encontra a expressão 'negócio jurídico' e, conseqüentemente, a de 'negócio jurídico de disposição'".<sup>222</sup>

Não obstante toda essa edificação legal e doutrinária, crescem as críticas à manutenção do modelo brasileiro de transmissão da propriedade imobiliária pela separação dos planos, mormente em face do contexto plural e complexo da sociedade contemporânea, mas, também, por sua dificuldade técnico-jurídica de se autojustificar no interior do Direito Civil, como já na década de 1960 apontou Darcy Bessone.<sup>223,224</sup>

Seja qual for o enfoque da análise, a perspectiva da separação dos planos, em qualquer de suas modalidades, tem por fundamento uma distinção meramente formal e divorciada das realidades proprietárias, especialmente sobre imóveis. Já foi objeto de críticas na própria Alemanha, em virtude de seu conteúdo intencionalmente abstrato, merecendo "temperamentos" pelo Judiciário, visando adequar-se a casos concretos cujos contratos reais foram considerados contrários aos "bons costumes".<sup>225</sup>

Em sentido inverso à separação, existe o sistema consensual, no qual a obrigação de transferir e a efetiva transmissão da propriedade se concretizam em negócio único, diretamente no contrato. É o exemplo dos sistemas de influência franco-italiana.

---

<sup>222</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.52.

<sup>223</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.43-49.

<sup>224</sup> As críticas e as proposições para um novo modelo hermenêutico, serão objeto da Segunda Parte deste trabalho, especialmente nos itens 3.2 e 3.3.

<sup>225</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Op. cit.*, p.50.



### 2.1.2 O consensualismo e a força do contrato de transmissão imobiliária

O sistema consensual, também denominado unitário, é o que reúne no contrato todos os referenciais necessários a sua formação, seu desenvolvimento e sua conclusão. Atribui ao pacto o caráter completo de manifestação de vontades e de transmissão dos bens. No caso de imóveis não é diferente, o mero consenso é constitutivo da propriedade imóvel.

A influência primeira desse sistema é do *Code Napoléon*, no qual não havia institutos correspondentes aos modos de adquirir voluntários e derivados do direito romano, de forma que tudo se resolve nos documentos de alienação.<sup>226</sup> Como orienta o art. 711 do *Code Civil*, a propriedade dos bens (móveis ou imóveis) se adquire e se transmite por sucessão, doação, por efeito do contrato e por testamento.<sup>227</sup> O registro, na França, portanto, é meramente declarativo e se presta a uma maior garantia perante terceiros<sup>228, 229</sup>.

O mesmo ocorre no sistema italiano de apropriação imobiliária. O contrato transfere a propriedade e o registro é uma garantia suplementar.<sup>230</sup> No Código Civil

---

<sup>226</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.27-28.

<sup>227</sup> O Código Civil francês, em seu art. 711, é claro: "*La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.*" (FRANÇA. **Code Civil**. 112.ed. Paris: Éditions Dalloz, 2013. p.933).

<sup>228</sup> BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p.28.

<sup>229</sup> CARBONIER, Jean. **Droit civil – les biens**: monnaie, immeubles, meubles. 18.ed. Paris: Thémis, 1998. p.175 e 178. Vide, também: ATIAS, Christian. **Droit civil**: les biens. 4.ed. Paris: Litec, 1999. p.213-215. Sobre a transferência do direito real pela mera contratação, veja: BÉNABENT, Alain. **Droit civil**: les contrats spéciaux. 2.ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1995. p.85-86.

<sup>230</sup> Como afirma Nicoletta Muccioli: "*L'art. 1376 c.c. espressamente prevede che, dati determinati presupposti, la manifestazione del consenso delle parti è sufficiente al prodursi dell'effetto traslativo-costitutivo. Stando al dettato della norma (nel combinato disposto con l'art. 922 c.c.), la trascrizione e la consegna non appaiono deputate a svolgere una funzione costitutiva dell'acquisto; piuttosto il contratto traslativo rappresenta, nel contempo, il titolo e il modo dell'acquisto.*" (MUCCIOLI, Nicoletta. **Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza**. Padova: CEDAM, 2004. p.89). (Tradução livre: "O art. 1376 C.C. expressamente prevê que, verificados certos pressupostos, a manifestação do consentimento das partes é suficiente para a produção do efeito translativo-constitutivo. Conforme o conteúdo da norma (em conjunto com o artigo. 922 C.C.), a transcrição e a informação não parecem destinados a desempenhar uma função constitutiva da aquisição; pelo contrário, o contrato translativo representa, ao mesmo tempo, o título e o modo de aquisição.")

da Itália, o art. 1376 trata do denominado "contrato com efeitos reais", fixando que os contratos que tenham por objeto a transferência de propriedade de uma coisa determinada, a criação ou transferência de direitos reais, essa transferência acontecerá por efeito do consenso legitimamente manifestado pelas partes.<sup>231</sup>

Pier Giuseppe Monateri, explica que a influência francesa que inspirou o Código Italiano de 1865 se manteve na codificação de 1942, com a eleição legislativa pelo sistema consensualístico. Veja-se:

*I Codici italiani hanno entrambi recepito e declamato il principio consensualistico. Tanto nel Codice derivato direttamente dall'esperienza francese, quanto il quello che è sorto successivamente alla recezione del modello dottrinale di impronta tedesca, la formula consensualista si trova ben stabilita come principio generale relativo al trasferimento dei diritti reali, o alla loro costituzione, e nel primo si trova poi ripetuta, quasi a mo' di conferma, a proposito del contratto di compravendita.*<sup>232,233</sup>

Portugal também tem como modelo de transmissão proprietária sobre imóveis o mero consenso, conforme os arts. 408.º, 1316.º, 1317.º do Código Civil<sup>234</sup> Português. O contrato transfere a propriedade e o registro gera efeitos perante

---

<sup>231</sup> O teor da norma:

**"Art. 1376 Contratto con effetti reali"**

*Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato (1155, 1265, 1465, 1472, 1520 e seguenti, 2644, 2684, 2808-2)."* Para conferir, acesse: <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm)>. Acesso em: 26/05/2014.

(Tradução livre: "Art. 1376 Contrato com efeitos reais

Nos contratos que tenham por objeto a transferência da propriedade de uma coisa determinada, a constituição ou a transferência de um direito real ou a transferência de um outro direito, a propriedade ou o direito se transfere ou se adquire por efeito do consentimento das partes legitimamente demonstrado (1155, 1265, 1465, 1472, 1520, e, a seguir, 2644, 2684, 2808-2.)")

<sup>232</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. **Contratto e trasferimento della proprietà**: i sistemi romanisti. Milano: Giuffrè, 2008. p.205. (Tradução livre: "Ambos os códigos italianos recepcionaram e declararam o princípio consensualístico. Tanto no Código derivado diretamente da experiência francesa, quanto aquele que surgiu após a recepção do modelo doutrinário de influência alemã, a fórmula consensualista está bem estabelecida como um princípio geral relativo à transferência dos direitos reais, ou à sua constituição, e no primeiro se acha repetido, quase como confirmação, o propósito do contrato de compra e venda".)

<sup>233</sup> Para mais informações sobre o sistema italiano, sugere-se: GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto. **Trattato dei diritti reali**: proprietà e possesso. Milano: Giuffrè, 2008. v.1.

<sup>234</sup> PORTUGAL. **Código Civil**. 15.ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2012. p.89 e 257.

terceiros. Como bem afirma Orlando de Carvalho, "O sistema do registro que vigora entre nós é de um registro meramente declarativo, como acontece com a generalidade dos países latinos."<sup>235</sup> É um *plus*, que garante maior tranquilidade em caso de discussão judicial sobre os termos e as formas da aquisição.

António dos Santos Justo explica que: "O nosso Código dispõe que 'o direito de propriedade adquire-se por contrato' e determina ainda que 'a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvo as exceções previstas na lei'".<sup>236</sup>

As aquisições imobiliárias no sistema consensual não consideram a distinção de planos. Em outras palavras, ignora-se a divisão entre negócio causal (obrigação) e acordo real (contrato, no direito alemão, e registro, no direito brasileiro).<sup>237</sup> Ainda que exista a distinção entre direitos obrigacionais e reais, ambos se comunicam no interior do contrato.

No direito espanhol, em que pese pareça semelhante aos anteriores, pelo fato de o contrato por si transferir a propriedade, existem algumas especificidades que traduzem a ideia da necessidade de um título e um modo. O título é o contrato, que precisa do modo, que é a tradição, para se completar. Não obstante, como ambos são resolvidos no mesmo negócio, considera-se o sistema como unitário (consensual).

---

<sup>235</sup> CARVALHO, Orlando de. **Direito das coisas**. Coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.220.

<sup>236</sup> E continua o autor: "Esta solução, que consagra o princípio *consensus partit proprietatem*, foi introduzida no nosso direito pelo Código de Seabra que se inspirou no Code Civil francês, influenciado pela Escola Racionalista do Direito Natural." (JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.279-280). Veja, também, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: reais**. 5.ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.312.

<sup>237</sup> A análise de António Menezes Cordeiro sobre o sistema consensual e o da separação dos planos, é a seguinte: "Do contrato de compra e venda emergem, no Direito português três efeitos primordiais – artigo 879.º; o efeito translativo do direito, a obrigação de entrega da coisa e a obrigação de pagamento do preço." Em nota de rodapé a esse texto, o autor complementa: "O contrato de compra e venda é real *quoad effectum*, quando estejam em causa, naturalmente, direitos reais. No Direito Alemão, é meramente obrigacional pelo que dele emerge a importante obrigação do vendedor de transferir, para o comprador, a coisa (§ 433 BGB), o que se consegue através da tradição ou do registro, consoante a natureza móvel ou imóvel da coisa transacionada." (CORDEIRO, António Menezes. **Estudos de direito civil**. 2.ª reimpr. Coimbra: Almedina, 1994. v.1. p.126-127).

O art. 609 do Código Civil Espanhol informa que a aquisição da propriedade sobre bens ocorre por ocupação, sucessão, contrato ou transcrição (registro). A regra, não obstante, é que a transmissão se dê pelo contrato, aliado à tradição, constituindo-se o registro em condição de não prejuízo (oponibilidade) perante terceiros, conforme o art. 606.<sup>238,239</sup>

Nesse sentido, a explicação de Manuel Albaladejo:

*Según se ha visto, a tenor del artículo 609 del C.c. (y también del art. 531-4 del Libro V de CC catalán, y de las leyes 355 y 564 de la Compilación navarra), cuando se celebra un contrato tendente a la adquisición de un derecho real (por ejemplo, se compra una cosa, o se la permuta o dona o da por transacción), esta adquisición no se produce ya, por sola conclusión del contrato, sino que hace falta, además, la tradición, es decir que, con ánimo de transmitir (por parte del que da) y de recibir (por la del que toma) se entregue al adquirente la posesión del derecho de que se trate (así en los casos de las anteriores compra, permuta, donación o transacción, que se le entregue la posesión de la cosa comprada, permutada, donada o transigida).<sup>240</sup>*

Como se viu, na teoria unitária ou consensualista todos os atos que conduzem à transmissão do bem imóvel ficam centrados no contrato, não havendo obrigatoriedade, para tanto, de promover-se a documentação pública como no sistema da separação dos planos, ainda que se confira valor jurídico à distinção entre direitos obrigacionais e direitos reais.

---

<sup>238</sup> ESPANHA. **Código Civil**. 35.ed. Navarra: Aranzadi, 2013. p.221-222. Consulte, ainda, o Código Civil Espanhol no site da Universidade de Girona, em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>>. Acesso em: 26/05/2014.

<sup>239</sup> MENDES, Isabel Pereira. **Estudos sobre registro predial**. Coimbra: Almedina, 2003. p.33.

<sup>240</sup> ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil: derecho de bienes**. 11.ed. Madrid: Edisofer, S L, 2010. p.128-129. Indica-se, ainda, a leitura de: DEGENEFFE, Cristina Fuenteseca. **La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto**. Madrid: Reus, 2012. p.223-244; GARRIDO, Tomas Rubio. **La propiedad inmueble y el mercado hipotecario: itinerario histórico y régimen vigente**. Madrid: Montecorvo, 1994. (Tradução livre: “Conforme se viu, a teor do artigo 609 do C.c. (e também do art. 531-4 do livro V do CC catalão, e nas leis 355 e 564 da Compilação navarra), quando se celebra um contrato com a finalidade de aquisição de um direito real (por exemplo, se compra uma coisa, ou se permuta, ou doa, ou transaciona), essa aquisição não se produz já, somente pela conclusão do contrato, sendo que ainda falta, ademais, a tradição, significa dizer que, com a intenção de transmitir (por parte do que entrega) e de receber (pela do que recebe) se entrega ao adquirente a posse do direito de que se trate (assim nos casos das anteriores compra, permuta, doação ou transação, que se lhe entregue a posse da coisa comprada, permutada, doada ou transacionada).”

## 2.2 O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES COMO VÍNCULO ENTRE OS CONTRATANTES

De tudo o que se verificou até este momento, não é difícil concluir-se que o maior objetivo da manutenção do discurso proprietário em torno da necessidade, no Brasil, de um sistema de duplo controle sobre a transmissão imobiliária, é propiciar uma suposta segurança ao proprietário.

Na concepção em curso, os contratos – e o direito das obrigações em sua totalidade – geram vínculos tão somente entre as partes neles inseridas, ou seja, as manifestações de vontade ali desenhadas têm âmbito interno e, por não envolver diretamente terceiros, não os vinculam e desejam a não intromissão externa no seu conteúdo. Exemplo desse pensamento tradicional está em Manuel A. Domingues Andrade:

O termo obrigação é usado ainda num sentido muito especial (restrito ou técnico), para designar uma classe particular de relações jurídicas de direito privado – as chamadas relações creditórias ou obrigacionais. Nestas relações trata-se de um vínculo jurídico entre pessoas determinadas, por virtude do qual uma delas – o devedor (podem ser vários) – deve realizar em benefício de outra – o credor (também pode haver mais de um) – uma dada atividade positiva ou negativa.<sup>241,242</sup>

O argumento clássico contrário à unificação no pacto – como no sistema unitário franco-italiano – dos dados obrigacionais e da constituição dos direitos reais é que a providência culminaria na dificuldade de controle do Estado sobre o trânsito imobiliário, gerando insegurança ao proprietário, especialmente por conta das

---

<sup>241</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objeto. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p.16.

<sup>242</sup> É nesse sentido a lição da doutrina brasileira tradicional: "Fácil perceber que não se pode vincular terceiros a uma relação obrigacional." (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2. p.234); "Em toda obrigação relacional existem duas patês determinadas ou determináveis: um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor)." (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.6); "O elemento subjetivo é o elemento pessoal, ou seja, aquele que reúne as pessoas, que intervêm na relação jurídica obrigacional: o sujeito ativo, o credor, que pode exigir do devedor, sujeito passivo, o objeto da prestação jurídica." (AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria geral das obrigações**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000. p.34).

variações políticas havidas na sociedade e do caos perceptível no controle das atitudes (individuais e coletivas) das comunidades.<sup>243</sup>

Entendam-se por político, o contexto de participação e a tomada de decisões dos atores no grupo social.<sup>244</sup> Por caos, tome-se o pensamento de Ricardo Aronne, como vã tentativa de "orden(h)ar o discurso"<sup>245</sup>, especialmente porque o caos, nada mais é, do que o estudo da desordem organizada.

Mas é exatamente a complexidade – o caos – que exige a adoção de novas metodologias para solucionar os casos concretos, em substituição à generalidade e abstração da lei. É preciso reconhecer, no contrato, e até na posse, a verdadeira relação da pessoa com a titularidade.

Não que se sugira "colonizar" o direito sobre as titularidades pátrio, equiparando-o ou ofertando mesmo tratamento que o modelo consensual, mas, ao contrário, faz-se imperioso a fuga da rigidez burocrática do modelo separatista, com a identificação de providências próprias que atendam às especificidades da contemporaneidade brasileira.

O discurso de que as obrigações vinculam apenas as partes envolvidas em um contrato é tema sobremaneira questionável – além de antiquado – em um país cuja Constituição afirmou como Democrático de Direito. Perfeita, nesse contexto, a orientação de Luiz Edson Fachin, ao mencionar que

---

<sup>243</sup> Discordando do sistema consensual português, é nesse contexto a posição de Antonio dos Santos Justo, que prestigia a história do sistema da separação: "Antes, as nossas Ordenações consagraram a solução do direito romano segundo a qual o contrato de compra e venda produz efeitos obrigacionais: obriga o vendedor a transferir a posse livre e pacífica da coisa; e o comprador, a transferir o preço. Ainda hoje encontramos esta solução em alguns Códigos Civis, como, v.g., o alemão e o brasileiro, segundo o qual 'pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro'; e 'até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador'. É, aliás, esta uma das figuras jurídicas que permite afirmar que, em vários aspectos, 'a nação brasileira oferece-nos, ainda hoje, um sistema jurídico-privado muito mais próximo das velha tradição portuguesa, muito mais liberto de influências estrangeiras, que o próprio sistema jurídico vigente em Portugal'." (JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.280-281).

<sup>244</sup> TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: como funcionam as instituições políticas. Tradução de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

<sup>245</sup> ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.17.

*quem* contrata não contrata mais tão-só com *quem* contrata, e quem contrata não mais contrata apenas o que contrata, numa superação subjetiva e objetiva dos conceitos tradicionais de partes e de objeto contratual, remodelado, inclusive, pelo sítio jurídico que pode ser ocupado pela boa-fé.<sup>246</sup>

O pensamento clássico, especialmente no Brasil, a despeito dessa condução de ideias, ainda se mantém rigidamente fiel à separação dos planos, em virtude dos efeitos *erga omnes* oriundos da publicidade registral.

A obrigação, reconhecida tradicionalmente como relação pessoal, guarda o que Pontes de Miranda tratou como "pretensões pessoais, isto é, pretensões a que alguém possa exigir de outrem, *debitor*, que dê, faça, ou não faça, em virtude de relação jurídica só entre eles."<sup>247</sup>

O campo das obrigações sempre foi entendido como de maior espaço à autonomia privada, uma vez que não tem estrutura fixa, baseada em tipos fechados (*numerus clausus*), como nos direitos reais. Esse o fundamento clássico da não oponibilidade do contrato perante terceiros.

Ganha força, na sintonia do debate ora em curso, a perspectiva de considerar-se as obrigações para além da mera eficácia entre os negociantes, especialmente em razão das configurações complexas, porosas e plurais das novas formações sociais, com a constitucional justificação da função social a que os pactos devem atender, na sua mais relevante expressão de acesso e de liberdade efetiva, diversa da ficção liberal. O aprofundamento do assunto, porém, ficará a cargo do segundo momento deste escrito.

---

<sup>246</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.18-19.

<sup>247</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo XXII. p.32.

### 2.3 OS DIREITOS REAIS: RELAÇÕES DA PESSOA COM A COISA E O DEVER GERAL DE ABSTENÇÃO

Os direitos reais são os que se qualificam pela ligação da pessoa com o bem e que fazem nascer um dever geral de abstenção, como já se analisou quando do estudo das teorias que explicam seu conceito e alcance.<sup>248</sup> Trata-se de afirmar que a partir dos tipos fechados e solenidades determinadas em lei, bem como do registro público exigido nas mutações desses direitos, ter-se-á uma garantia forte, de sucesso na intocabilidade do bem, afastando qualquer hipótese que possa prejudicar os poderes do dono.

É o que se entende como eficácia externa dos direitos reais. A principal perspectiva a se observar nessa construção doutrinária é a da segurança proprietária.

O dever geral da abstenção, para a doutrina clássica, nasce da publicidade típica das atividades reais existentes, especialmente pelo mecanismo do registro.<sup>249</sup> Exceção a tal generalização do direito real é a transmissão da propriedade móvel, que independentemente de formalismo público, a mera tradição faz constituir.

Assunto tranquilo, portanto, no pensamento tradicional, é a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais. Veja-se, como exemplo, o pensamento de Miguel Maria de Serpa Lopes:

---

<sup>248</sup> Item 2.1 desta Primeira Parte.

<sup>249</sup> Sobre essa informação bastante conhecida, veja a justificativa do codificador de 1916: "O sistema adotado pelo Código Civil, quanto à transcrição e que ela: 1.º, Prova a translação do domínio; mas essa prova não é absoluta e indestrutível; constitui uma presunção *juris tantum* (art. 859), que poderá ser destruída por ação anulatória do registro (art. 860); 2.º, Legaliza a transmissão do domínio por ato inter-vivos, dando ao oficial do registro o direito de examinar os títulos para conhecer a verdade neles enunciada; 3.º, Publica, solenemente, a translação do direito real, tornando a sociedade conhecedora das suas mutações, e, assim, dando maior segurança às relações jurídicas. É nesse sentido que se diz ser a transcrição uma tradição solene. Na tradição, há uma publicidade limitada; na transcrição, é a sociedade juridicamente organizada que, por intermédio do funcionário competente, dá publicidade à mutação do direito real; na tradição o alienante entrega a coisa móvel, na transcrição, o oficial do registro atesta a transmissão do imóvel." (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.54).



11 – A oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais. O caráter de oponibilidade próprio e comum aos direitos reais, consiste numa atitude de *abstenção* imposta à coletividade. Todos são obrigados a se absterem de praticar qualquer ato impeditivo ou de usurpação do direito real de alguém. Em regra, dissemos nós, êsse dever se traduz a partir de um comportamento negativo.<sup>250,251</sup>

Cabe lembrar que o formato de conceber-se maior solenidade à aquisição imobiliária, que Orlando Gomes trata como "riqueza imobiliária"<sup>252</sup>, esteve ligado à conotação econômica mais elevada que se atribuía aos imóveis no direito oitocentista. Hoje, por certo, o requisito não guarda a mesma importância, uma vez que são diversos os exemplos de bens móveis – materiais ou imateriais – acentuadamente mais valorizados do que imóveis.

De qualquer forma, o dever geral de abstenção, na perspectiva tradicional, significa uma segurança do dono contra ataques externos ao seu direito. Todos devem respeitar a esfera proprietária da pessoa, especialmente a imóvel, na medida em que conhecem, pela publicidade do registro – ainda que reconhecidamente ficta –, o proprietário do bem.

A pretensão de aqui fixar essa temática – que parece muito tranquila e sem maiores polêmicas no Direito Civil patrimonial de hoje – é, adiante, formular-lhe uma crítica, na medida em que o dever geral de abstenção pode nascer de um contrato e não somente do direito real. A perspectiva é encontrada em António Menezes Cordeiro, para quem "os direitos pessoais também são protegidos pelo 'dever universal de respeito'; neste sentido, são tão oponíveis como os direitos reais."<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil – direito das coisas**: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. p.28.

<sup>251</sup> No mesmo sentido, a doutrina tradicional mais recente: "Nos direitos reais há um só sujeito; para a escola clássica é o ativo e, para a teoria unitária, o passivo, por ser direito real *erga omnes*, isto é, se opõe a quem quer que seja, havendo uma relação jurídicas entre o titular e toa a humanidade, obrigada passivamente a respeitar o direito do sujeito ativo." (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4. p.13); "O direito real é oponível contra todos, isto é, vale *erga omnes*, pois representa uma prerrogativa de seu titular, que deve ser respeitada. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.6).

<sup>252</sup> GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.136.

<sup>253</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Direitos reais**. Lisboa: Lex, 1993. p.309.

Por ora, todavia, é suficiente lembrar que uma das "mitologias jurídicas da modernidade", repetindo-se as palavras de Paolo Grossi<sup>254</sup>, é a de que o direito real, por gerar uma exigência coletiva de afastamento, tem o condão de tornar a propriedade imóvel algo perpétuo, seguro e inatingível por outrem.

Não é demais afirmar, por fim, que os terceiros alheios à relação contratual ou proprietária, em face da função social da propriedade, têm sido tratados, na doutrina de Eroulths Cortiano Junior, como "sujeitos não proprietários". São estes, não mais os sujeitos passivos universais, mas aqueles que alcançaram, pela humanização e constitucionalização das relações interprivadas, o direito de exigir do proprietário que cumpra a função social do bem.<sup>255</sup>

## 2.4 A POSSE NO CONTEXTO DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

A posse é elemento dos mais importantes no conteúdo das titularidades, exatamente porque é o poder fato (e de direto) da pessoa em relação à coisa, constituindo-se na sua mais íntima ligação com o bem.

Em que pese o presente trabalho tenha por intuito tratar preferencialmente da força da contratação, ainda que sem registro, como geradora de propriedade, impossível deixar à margem o importante referencial da posse. Até porque, sem a perspectiva possessória não há como se tratar de função social da propriedade, que é relevante norte neste desiderato acadêmico.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> Afirma o autor: "O Código fala ao coração dos proprietários, é sobretudo a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo 'ter' e que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (ou seja, o pequeno mundo da grande *comédie* balzaquiana)." (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.130).

<sup>255</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.153-154.

<sup>256</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.248.

O aspecto mais visível da propriedade é a posse, e, para além disso, é elemento de acentuada importância como forma de acesso proprietário. Essa constatação cria a demanda de, ainda que de forma breve, proceder-se a uma análise de seus principais fundamentos. Tal afirmativa não significa dizer que a posse dependa da propriedade para existir. Muito ao contrário, merece especial consideração, para além do antigo entendimento de constituir-se tão somente como fato, uma vez que é, também, direito autônomo.

A história da posse, por demais conhecida, está para além da propriedade no tempo.<sup>257</sup> Somente no final do antigo regime – período eleito como inicial histórico da tese – que a propriedade individual ganhou densificação, com as codificações. A posse, como único exercício de poderes jurídicos sobre bens – especialmente imóveis – se verificou, na maior parte da Europa, com o feudalismo, e, no Brasil, desde as primeiras concessões de terras, culminando com o período anterior à Lei de Terras.

O instituto se manteve, mesmo com a edificação do sistema de propriedade, a ganhar sempre maior força, especialmente em virtude da dificuldade de acesso à terra pela via restrita da propriedade.

Os ícones teóricos da posse, Rudolf Von Ihering e Friedrich Carl von Savigny, por meio de suas teorias objetiva e subjetiva, em suma, fixavam o modo pelo qual a temática deveria merecer conceito e fixar requisitos.

Para Ihering, a posse é o conteúdo de demonstrações da ligação da pessoa com a coisa, merecendo relevo os fatos exteriores e objetivos de sua utilização, semelhantes ao de que se valeria o dono. O "corpus" é a aparência exterior da

---

<sup>257</sup> Veja, sobre isso, Clóvis Beviláqua: "Podemos resumir a evolução da posse, em poucas palavras. Como estado de fato, detenção ou utilização das coisas do mundo externo, antecedeu, historicamente, à propriedade. É o que nos diz Nerva, segundo Paulo (D. 41, 2, fr., 1 § 1.º); *Dominium rerum ex naturale possessione coepisse Nerva filius ait: ejusque rei vestigium remanere de his qui terra, mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint*. Essa posse primitiva teve a sua fase coletivista como a propriedade. 'Os tempos primitivos não conheceram nem um sujeito individual do direito, nem uma coisa no sentido moderno da expressão diz Hermann Post, *Grundlagen des Rechts*, p. 322. Conheceram, apenas, a posse econômica fato de que o seu perturbador provocaria a cessação da paz e a vingança de sangue, se não se desse a justa compensação'. Depois, com o desenvolvimento intelectual e econômico dos povos, a posse se distinguiu da propriedade, criando-se a relação de direito ao lado da relação de fato, que continuou a subsistir." (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.7).

pessoa com a coisa, que a apreensão mostra perante todos. Independe da intenção de alcançar propriedade<sup>258</sup>, ou seja, desconsidera o elemento subjetivo entendido como relevante para Savigny. Este, por sua vez, valoriza o "animus" – e coloca o "corpus" como secundário, que compreende como apreensão física – como necessário à aquisição da posse, na medida em que fundamenta o instituto no comportamento do possuidor como se dono fosse.<sup>259</sup> Não que Ihering não valorize a vontade, mas a coloca como secundária em relação ao "corpus".

O Código Civil de 1916, para a maioria da doutrina e, inclusive, para o codificador Clóvis Beviláqua<sup>260</sup>, se pautou no modelo proposto por Ihering, ao vincular o então art. 485 ao exercício de fato de poderes da propriedade.<sup>261</sup> O art. 1.196 da codificação de 2002 mantém o teor, com, apenas, a exclusão do vocábulo "domínio": "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

O tempo, como é da natureza das coisas, tratou de superar as teorias de Ihering e Savigny – em que pese a autoridade de suas doutrinas – na medida em que ambas têm em sua base a ideia de propriedade, o que enfraquece a perspectiva autônoma da posse contemporânea.

Fica justificada, obviamente, as aludidas incompletudes desses conceitos, na análise historiográfica necessária à compreensão de que a visão do intérprete e do construtor do Direito guarda, com raríssimas exceções, os modos de ver do seu tempo. Os autores estavam vinculados a um momento em que as reflexões acerca da apropriação de bens tinham por referência o individualismo proprietário e sua ligação com o direito subjetivo, ignorando-se a perspectiva de funcionalização.

---

<sup>258</sup> IHERING, Rudolf von. **A teoria simplificada da posse**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p.107.

<sup>259</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Traité de la Possession en Droit Romain**. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1893. p.187.

<sup>260</sup> As exatas palavras do autor: "O Código Civil brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de Jhering sobre a posse. Nenhuma disposição idêntica à do art. 485 se encontra, portanto, nas outras legislações, salvo no Cód. Civil peruano, ed. de 1936, art. 824." (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.5).

<sup>261</sup> "Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade." Confira o original em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 26/05/2014.

Como uma terceira via em relação às aludidas teorias clássicas da posse, surge a perspectiva da posse-social, que privilegia a função social constitucional, inclusive, em detrimento da propriedade.<sup>262</sup>

Ainda que com seu máximo fundamento na funcionalização, no entendimento de Pablo Malheiros da Cunha Frota e Rodrigo Cardoso de Freitas, esta última teoria ainda não satisfaz algumas dimensões fundantes do Estado Democrático de Direito, como a juridicidade, a socialidade, a democracia e a sustentabilidade ambiental. Para tanto, trazem à baila a denominada "teoria da posse democrática", explicando-a, no sentido seguinte:

Esta é um dos mecanismos que conciliam o direito abstrato e a realidade concreta, a fim de densificar os direitos fundamentais e os pilares hermenêuticos de uma sociedade mais justa e igualitária. Afasta o individualismo, a perspectiva do poder jurídico absoluto e o direito especulativo, caros aos direitos fortificados pelo Estado Liberal e pela concepção neoliberal (*rectus*: retroliberal) que ainda permeiam a conduta dos sujeitos de direitos e de algumas codificações até os dias atuais.

A mencionada teoria conecta as teorias estruturais e sociológica da posse, acrescidas da função ambiental do instituto, a levar, segundo Giselda Hironaka e Silmara Chinelato, em paráfrase a Francisco Amaral, 'o jurista a saber não apenas como o direito é feito, mas também para o que serve, isto é, sua causa final'.

Dessa forma, adquire-se formalmente e materialmente a posse no momento em que se torna possível a execução funcional, em nome próprio, do referido poder fático-jurídico pelo possuidor (CC/02, art.1.204), sem que seja necessário enumerar as formas de aquisição como fazia o art. 493 do CC/16.<sup>263</sup>

Nesse contexto, a posse avança para muito "além do corpus e do animus"<sup>264</sup>, devendo ser compreendida a partir de um significado prospectivo, ou seja, não basta atrelar o instituto às rígidas formas de acesso ou manutenção unicamente enumerados em lei ou genericamente na função social. Necessário que se apure, no caso concreto,

---

<sup>262</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.156 e 154.

<sup>263</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiro. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueredo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008. v.7. p.369.

<sup>264</sup> Em feliz título de artigo, no prelo, de Paulo Lôbo: LÔBO, Paulo. **Posse no direito brasileiro**: para além do animus e do corpus. (Inédito).

a possibilidade de acesso, manutenção ou perda da posse, com a valorização das peculiaridades de cada participante da atividade em debate.

Tudo isso vem ao encontro da autonomia da posse em relação à propriedade, mas também reforça a perspectiva de que a posse é um dos elementos de acesso à propriedade, para além da tradicional usucapião.

A autonomia da posse em relação à propriedade parece assunto de razoável tranquilidade na doutrina e na jurisprudência atuais. Destarte, faz-se relevante trazer à colação a lição de Luiz Edson Fachin a esse respeito:

Antes e acima de tudo, aduz, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de ser uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas as necessidades comuns de todos os seres humanos, e dar-lhe autonomia significa constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é uma concessão à necessidade. E é nesse passo que a posse consiste hoje ao menos numa espécie de legitimação do uso, reservando-se ao futuro do instituto, nessa perspectiva, papel de indistigável destaque social e histórico. O seu enfeixamento na usucapião pode, numa recuperação histórica, bem representar esse intento.<sup>265,266</sup>

O próprio Código Civil não limitou a posse à esfera da propriedade, uma vez que deve ser considerada – até por via de lógica – em relação a outros direitos (reais ou não), tais como na locação, no uso e na habitação.

A posse, assim, é uma das manifestações da função social como liberdade, ou seja, por ser a mais íntima e direta ligação da pessoa com sua titularidade, trata-se de "uma concessão à necessidade"<sup>267</sup>. A par disso, no campo da aparência e da realidade, não se assiste diferença entre o possuidor proprietário e o possuidor não

---

<sup>265</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: SAFE, 1988. p.21.

<sup>266</sup> Também sobre a autonomia da posse, dentre outros, leia: SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica (prefácio). In: RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil português. 4.ed. rev. anot. Coimbra: Almedina, 1996. p.cvx.

<sup>267</sup> A expressão é de Luiz Edson Fachin em: FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p.21.

proprietário, não constituindo a posse mero efeito da propriedade ou da intenção em relação a ela.

O Direito reconhece a distinção entre posse direta e indireta, o que, aliás, auxilia na edificação da teoria contemporânea da posse. O que não é proprietário pode possuir e o que deixou de ser proprietário pode continuar possuindo a mesma coisa. O art. 1.196 do Código Civil não considera possuidor o que tem de fato o exercício do direito de propriedade, mas sim o que tem de fato *o exercício de algum dos poderes* inerentes à propriedade. Trata-se de, no mundo dos fatos, confirmar-se sua autonomia, não restando confinada na propriedade.<sup>268</sup>

A posse, no contexto da aquisição da propriedade, é de grande interesse para os direitos reais – sem olvidar-se da pretensão do Código em diferenciá-los –, pois é forma do não proprietário acessar, pela Usucapião, a sua titularidade proprietária.

Quer-se, por importante, frisar esse dado: a posse, na dogmática atual, somente tem o condão de conduzir à propriedade os não proprietários que estejam rigidamente enquadrados nos formatos processuais descritos em lei, tais como: a ação de usucapião ou as desapropriações específicas.<sup>269</sup>

Centre-se no exemplo da usucapião. A demonstração cabal do enquadramento nas hipóteses do referido meio de aquisição da propriedade, aliada à inércia do dono em atender à função social do bem, gera o interesse social suficiente à usucapião. A maior tensão da relação posse e propriedade está exatamente na prescrição aquisitiva, em que o titular do bem vê extinto seu direito, por não atender à funcionalização constitucional e (ou), ainda, por ter o adquirente atendido aos requisitos pontuais do Direito Civil.

Tema de interesse está nos efeitos da sentença da usucapião, qual seja, os declarativos. Na medida em que o fato é que gera o direito a esse acesso proprietário, que se consolida no tempo e, por si, gera a propriedade, outros não poderiam ser os efeitos da decisão. Lembre-se que na classificação trinária das pretensões, que fazem

---

<sup>268</sup> LÔBO, Paulo. **Posse no direito brasileiro**: para além do animus e do corpus. (Inédito). p.6.

<sup>269</sup> Não se olvide que no caso de contrato de compromisso de compra venda cabe a adjudicação compulsória, mas que em nada reporta à posse. E, ainda, que é possível a anulação de eventual registro de escritura irregular. Isso, igualmente, nada guarda de proximidade com a posse.

nascer ações e, conseqüentemente, as sentenças, quando estas são de mérito, podem ser condenatórias, constitutivas ou declaratórias.

As duas primeiras sempre têm um conteúdo declaratório, mas a última é puramente declaratória, ou seja, tão somente ratifica os efeitos que sempre existiram, decorrentes dos fatos em sua perspectiva de realidade. Como é o exemplo, também, da ação investigatória de paternidade ou maternidade.

Como considera Paulo Lôbo:

A usucapião produz profundo golpe no direito de propriedade. No confronto com esta, a posse sai vencedora. Os fatos (posse continuada sobre a coisa, sem interrupção ou oposição, mais tempo) são suficientes para extinguir o direito subjetivo simbolicamente mais forte em nosso direito, o de propriedade.<sup>270</sup>

Eroulths Cortiano Junior, em reflexão sobre os novos fundamentos da posse a partir da constitucionalização e da função social, especialmente aduz:

Começa-se a construir, a par disso tudo, uma nova dimensão a posse. O trabalho interpretativo de vanguarda permite alçar a posse a uma nova dimensão, colocando-a em novo patamar protetivo. É que, se a posse é o exercício dos direitos proprietários, ela merece igual proteção. Não se trata de proposta de desestabilização do direito de propriedade: se construiu-se um conceito de propriedade que, sem afastar a propriedade privada, permite que todos tenham acesso as riquezas (econômicas, preservacionistas-ambientais e sociais) geradas pela apropriação individual dos bens, por que não se poderia construir um novo conceito de posse estruturada na inteireza e axiologia da ordem jurídica vigente?<sup>271</sup>

Em sintonia com todas essas considerações, pode-se delinear uma proposta de reflexão: parece possível fixar a posse como um dos elementos – ainda que a indireta – a complementar a justificativa de acesso pelo não proprietário que tenha um contrato adequado, mas sem registro, à condição de titular proprietário, fora das hipóteses de usucapião.

---

<sup>270</sup> LÔBO, Paulo. **Posse no direito brasileiro**: para além do animus e do corpus. (Inédito). p.14.

<sup>271</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. A Constituição, o direito privado e a posse. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**: ensaios para recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.153.



O ponto de partida dessa reflexão, deve considerar que a posse é uma das esferas de externalização da propriedade, que se qualifica como relevante elemento probatório da boa-fé e da função social como liberdade, no sentido de conferir-se meio diferenciado de acesso à propriedade no caso concreto, aliado a uma contratualização que reflita a completude das finalidades de alienante e adquirente, em homenagem à axiologia constitucional, que ressignifica o contrato como título suficiente à transmissão imobiliária.

### **3 A TÉCNICA DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA UNICAMENTE PELO REGISTRO NO BRASIL: UMA CRISE DISCRETA**

Uma vez identificados os principais elementos históricos e estruturantes do discurso jurídico da propriedade imóvel, que conduziram o sistema brasileiro à separação dos planos dos direitos reais e obrigacionais, com a adição do requisito obrigatório do registro, faz-se indispensável analisar se o modelo atualmente atende – se é que em algum momento atendeu – às peculiaridades do direito pátrio de âmbito constitucional, que se alinha às necessidades realísticas da sociedade contemporânea.

Importante, para tanto, fixar-se um corte metodológico: a pesquisa em curso não se dedica a um demonstrativo do sistema registral brasileiro no que concerne a seus elementos estruturantes e seus procedimentos. O que se afigura necessário para a consecução dos objetivos perseguidos é a delimitação do registro como modo de aquisição imobiliária por transmissão contratual no Brasil e a superação desse modelo como único.

O que se verá, doravante, como via de adequada finalização desta primeira parte, é que o centenário paradigma de transmissão imóvel pelo registro está – como a maioria dos temas de direito das coisas – em crise.

A afirmação contida no título deste item, que dá conta de uma "crise discreta", não é ao acaso. Justifica-se pelo simples fato de que doutrina, jurisprudência e – o pior – a academia mantêm-se silentes sobre as problemáticas que envolvem o tema e que se convertem em descumprimento da pretensão constitucional de acesso à dignidade, qualidade de vida e igualdade, frustrando a promessa democrática.

É preciso enxergar para além das políticas públicas de acesso à propriedade e à moradia ora em curso, muitas delas populistas e descomprometidas com a seriedade que se espera do ator político, alcançando-se as necessidades de todos os não proprietários e não apenas de alguns.

Trata-se de reconhecer a superação do paradigma individualista da propriedade enquanto segurança unicamente do dono, assim reconhecido tão somente pela ficção do registro, e concretizar a efetividade constitucional prometida, de possibilitar, através da função social da propriedade e do contrato, o acesso digno a um estado jurídico de real solidariedade nas titularidades.

A crise é bem apontada por Luiz Edson Fachin:

Essa ordem de ideias já repercutiu, de certo modo, no interior do direito, como se observa de algumas décadas para cá, sob o véu da 'era do acidente'. Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tomaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social. Ocorre que, mesmo assim, 'o sentido privado', calcado no que a filosofia designa de personalismo, ainda mantém larga presença nas mesmas estruturas, mais próximas do regime feudal que do ideal que povoa as tendências teóricas do final deste século. Para definitivamente superar o século XIX, não basta apenas ultrapassar a formulação clássica do contrato como 'expressão perfeita do livre encontro de vontade'. A crise não é apenas do modelo do pensamento jurídico, e nem é apenas um incidente no legado teórico.<sup>272</sup>

As rupturas se tornam cada dia mais evidentes, demonstrando a falência do burocrático sistema imobiliário brasileiro, com a multiplicidade de formações intersubjetivas havidas no trânsito patrimonial, como nos exemplos das redes contratuais, das posses sem direito a usucapião, das situações de dupla – ou mais – contratação, entre outros.

Salta aos olhos a atual insegurança geral do formato registral codificado, ao contrário do que faz aparentar a bela construção legislativa e doutrinária que remonta aos oitocentos, que sugere a "transcrição" como a segurança ideal de que não mais haverá disputas imobiliárias. Para além disso, em muito, faz-se mister a aplicação direta da Constituição aos casos proprietários, valorizando-se a solidariedade, a alteridade e a boa-fé, como elementos funcionalizantes que promovam igualdade e verdadeira liberdade.

Nessa simples comparação já se percebe o quão afastados estão – em termos de colmatação e conformação – os textos normativos referidos, que incidem sobre a mesma matéria, mas em nada confluem. É como no dizer de Carlos Frederico Marés:

---

<sup>272</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.20.

*Que inútil seria essa Constituição que, bela como um poema, não lhe tem a mesma eficácia porque não serve sequer para comover corações? Que mistérios esconde o texto da esperança cidadã? A primeira providência dos latifundiários, chamados ruralistas, foi introduzir um vírus de ineficácia em cada afirmação. Assim, onde a Constituição diz como se cumpre a função social, se lhe acrescenta que haverá de ter uma lei (outra lei, inferior) que estabeleça 'graus e exigências', com isso, dizem os Tribunais, já não se pode aplicar a Constituição sem uma lei menor que comande a sua execução.<sup>273</sup>*

Fica fácil perceber a crise a partir de um exemplo, que adiante se detalhará: o Conselho Nacional de Justiça anulou algumas centenas de registros no Nordeste do país, por falhas na realidade proprietária.

Quando o ente criado pela Constituição para promover a fiscalização externa do organizador do sistema – o Poder Judiciário em seu âmbito de gestão administrativa –, e em sua primeira investida fiscalizatória já se anulam tantos registros, é sinal que as situações não correm bem.

Mas esse não é problema maior. A mais contundente expressão da crise está na percepção de duas situações fático-jurídicas: a crise "fática", ou seja, o registro não é mais suficiente a contemplar os fatos sociais e as promessas constitucionais de acesso; e a "crise dogmática", qualificada pelo exaurimento do modelo em si. Esta, em outras palavras, se apresenta nos simples motivos de que o sistema não contribui à contemporaneidade jurídica, que determina a prevalência da substância em relação à forma, bem como na inutilidade da burocracia que o envolve e, entre outros, na falta de valorização da teleologia do contrato e da propriedade a partir da funcionalização dos institutos fundantes do Direito Civil.

A transferência da propriedade imobiliária unicamente pelo registro, sem a consideração das realidades dos atores sociais proprietários e não proprietários, está para o Direito do rigorismo conceitual e do legalismo individualista de finais do século retrasado, mais do que para o Direito contemporâneo, a favor da vida, da solidariedade e da qualidade das relações interpessoais.

---

<sup>273</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.118.

### 3.1 A QUESTÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE IMÓVEL COMO PROBLEMA SOCIAL: OS COMPROMISSOS POLÍTICOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROPRIEDADE E A MORADIA

A propriedade imóvel constitui-se em patrimônio de grande relevância para a vida das pessoas, das famílias, das empresas e dos entes públicos. A segurança que a terra e a casa proporcionam para a sociedade não mais se computa em meras cifras financeiras como no final do século XIX.

Os bens a que se refere estão no centro da concretização da qualidade de vida das pessoas, na medida em que o lar, o empreendimento, a casa de veraneio e os demais confortos propiciados pela tranquilidade da esfera proprietária valem sobremaneira mais do que dinheiro.

Grande parte da população crê – de forma leiga – na existência de uma relação proprietária em face de seus bens. Muitos, não obstante, olvidam-se da necessidade do registro do contrato de aquisição ou, pelos mais diversos motivos, não conseguem essa formalização.

Muitos são surpreendidos com a perda da "propriedade" por não terem atendido à forma descrita em lei, ainda que comprovem a aquisição pela contratação regular e de boa-fé, inclusive, no mais das vezes, com posse demonstrada. O Judiciário não reconhece a propriedade de quem não tem registro, salvo em hipóteses específicas de usucapião ou assemelhados.

Esse fosso entre a forma e a realidade é que precisa ser pensado, se não pela reforma do sistema legal, que o seja pela hermenêutica constitucional prospectiva a demonstrar que a realidade deve prevalecer sobre o excessivo e indiscutível legalismo.

A história é reveladora dos motivos pelos quais a opção brasileira de apropriação imobiliária foi pelo registro e já se falou bastante sobre o tema. Não é demais, no entanto, a essa altura da reflexão, reportar-se ao fato de que essa construção surge de motivos eminentemente econômicos e nada humanistas. Em outras palavras, nasceu da necessidade de dar força às garantias hipotecárias, na lei de terras de 1850 (Lei n.º 601). O contexto é trazido por Laura Beck Varela:

À semelhança de outros excertos dantes transcritos, novamente o discurso de um letrado do séc. XIX articula a caótica organização fundiária do país, com o atraso na agricultura e na economia em geral, dando ênfase à necessidade de proteção ao crédito. 'Quem compra não certeza si é proprietário, quem empresta sobre hypotheca não sabe se haverá o reembolso de seu capital': a insegurança do crédito, suas precárias condições de circulação são o problema central para o legislador de 1864.

Trata-se de outra face do processo de mercantilização da terra e de absolutização da propriedade fundiária, cuja veste jurídica, ao lado da lei de 1850, corresponde à disciplina de hipoteca e do registro. Porque 'interessa à fortuna mobiliária e imobiliária de todos os cidadãos', nas palavras de Troplong, seu papel na regulamentação jurídica da propriedade é de especial relevância. É a hipoteca um dos principais institutos jurídicos em prol da circulação da riqueza, na medida em que possibilita constituir a propriedade imobiliária garantia de crédito nas transações. O registro, por sua vez, confere segurança a tais transações.<sup>274</sup>

Muito possível que naquele momento histórico, em que o país aspirava ao desenvolvimento, tenha sido importante ao legislador criar mecanismos de proteção e fomento ao crescimento econômico, protegendo o crédito. A falta de uma linearidade fundiária reinante no final das sesmarias parece até justificar a tomada de decisão no sentido de uma organização do sistema imobiliário no Brasil.<sup>275</sup>

Nos dias atuais, no entanto, com a natural evolução social e tecnológica, depois de quase cem anos, a sistemática não mais se justifica como absoluto e único modo de titulação proprietária para imóveis.

A segurança buscada naqueles tempos, hoje pode ser alcançada por muitas outras maneiras. O credor tem outros (e fartos) meios legais de proteção ao seu crédito. O proprietário que atender à função social da propriedade não correrá o risco de perdê-la imotivadamente. O Estado não interferirá no patrimônio privado funcionalizado, como poderia acontecer nos oitocentos.

Toda a complexa estrutura registral brasileira, permeada por princípios, conceitos e procedimentos, que tem na publicidade seu mister maior, pode ser, então, resumida em um dado objetivo: a tentativa de oferecer *segurança* ao individualismo proprietário.

---

<sup>274</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.173-174.

<sup>275</sup> TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Propriedade imobiliária e o registro de imóveis**: perspectiva histórica, econômica, social e jurídica. São Paulo: Quarter Latin, 2011. p.99-100.

O antigo "só é dono quem registra" é generalizante e abstrato, não se justificando como suficiente à adequada atenção das demandas plurais e complexas da contemporaneidade.

A Constituição de 1988 fixou compromissos nos arts. 3.º e 5.º, que retratam o avanço político-jurídico no sentido de garantir qualidade de vida às pessoas. O que se tem questionado frequentemente é se as referidas promessas constitucionais concretizam-se como ideal normativo, com força direta e imediata, ou se sua existência retrata tão somente uma "folha de papel", como afirmou Ferdinand Lassalle<sup>276</sup>.

Resposta única, para uma perspectiva de Direito constitucionalizada, é a de que as normas constitucionais têm aplicação direta, especialmente à luz da perspectiva do acesso. Exatamente o acesso prometido quando a lei maior menciona que vai "assegurar o exercício"<sup>277</sup> dos Direitos ali consolidados.

Nessa linha de reflexão é possível dizer que o país já sente uma razoável melhoria na qualidade de vida, em relação ao período anterior a 1988, na medida em que muitos dos direitos garantidos constitucionalmente vêm se concretizando. Assuntos como o direito à saúde, à educação e à moradia, são exemplos de posturas ativas dos governos que, se não o fazem espontaneamente, se veem compelidos pelo Judiciário ao cumprimento. Pode-se afirmar, então, que a Constituição tem se tornado, a cada dia, mais efetiva e realizadora das necessidades sociais.

No que pertine ao direito de propriedade, é possível dizer que a construção da efetivação está em curso, a partir, basicamente, da ideia de função, solidariedade e justiça sociais. A distribuição do ônus advindo da propriedade, agora envolvendo proprietários e não proprietários, faz nascer a perspectiva de valorização do acesso aos bens, coerentemente delineada por Luiz Edson Fachin:

A ideia de interesse social corresponde ao início da distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres. Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo

---

<sup>276</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.17.

<sup>277</sup> O preâmbulo da Constituição assim o promete: "...um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos..."

que o direito de propriedade também começa a ser lido como direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso.<sup>278</sup>

O acesso aos bens, nesse contexto, é uma garantia constitucional que se identifica designadamente no âmbito da propriedade imóvel. Isso, porque se aproxima sensivelmente de uma séria problemática social: o direito à moradia.

A questão da propriedade está diretamente vinculada à da moradia – não que nela se encerre –, eis que o acesso a esses direitos fica bastante dificultado pelos mecanismos do mercado<sup>279</sup>, que exclui os que não têm condições econômicas<sup>280</sup> ou conhecimento mínimo sobre sua obrigação de registrar, para alcançar tal espécie de titularidade.<sup>281</sup>

Não são poucas as pessoas que celebram contratos de compra e venda, pela forma de escritura pública, inclusive, e acreditando na conclusão do negócio, especialmente porque acabam as obrigações do vendedor, deixam de registrar no serviço imobiliário. Essa situação, por vezes, gera a exclusão do direito do comprador, por motivos diversos, tais como a contratação dúplice de compra.

Nem se fale das "redes contratuais", também nominadas juridicamente por "coligação de contratos" e tradicionalmente chamadas de "contratos de gaveta", realidade em todo o país. Aludidos instrumentos existem – também – em face da burocracia e

---

<sup>278</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.317-318.

<sup>279</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.99.

<sup>280</sup> A questão econômica, em que pese não esteja diretamente ligado ao problema desta pesquisa, não se pode ignorá-lo. Por isso, lembre-se do que afirma Amartya Sen: "A linha divisória entre 'os que têm' e 'os que não têm' não é apenas um clichê retórico ou slogan eloquente, mas sim, infelizmente, uma característica substancial do mundo em que vivemos". (SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.37).

<sup>281</sup> Jack Goody, falando do acesso econômico aos bens, lembra que o registro era tão inacessível que se tornava forma de expropriação: "O registro era assim uma forma de expropriação, ressentida pelos pobres e resultante em protestos que tomavam a forma familiar de queima de colheitas. Por todo o mundo, a prova documental de posse foi exigida por comissários, juizes e colonialistas letrados. Por causa disso, em Fiji, em Puerto Rico ou no Sudeste americano, povos não-letrados têm sido privados de terra que era originalmente sua." (GOODY, Jack. **A lógica escrita e a organização da sociedade**. Lisboa: Ed. 70, 1986. p.178).



do dispêndio econômico que envolve negócios imobiliários das mais variadas espécies. O exemplo mais presente é o do financiamento bancário habitacional.<sup>282</sup>

Mencionados contratos são produtos da exclusão social que o Direito cria na esfera imobiliária, que prioriza o mercado e o aspecto financeiro, em detrimento do acesso à propriedade e à moradia.<sup>283</sup> Muitas dessas pessoas que veem obstaculizado seu direito à propriedade e à moradia engrossam as estatísticas relativas ao déficit habitacional brasileiro.

O registro obrigatório, em nossos dias, pode ser considerado como uma incumbência excessivamente burocrática e que fere o acesso às titularidades garantidas constitucionalmente. Daí a relevância de se discutir meios jurídicos suficientes a permitir-se a construção de um *locus* justificador, que substitua o registro como único fundamento a ensejar a constituição da propriedade.

Os órgãos administrativos, assim como o Judiciário, se ressentem de uma edificação teórica suficiente a possibilitar decisões que facultem o acesso das pessoas à propriedade sem a obrigatoriedade do registro.<sup>284</sup> Essa providência garantirá o instrumental necessário para acessar essa tão relevante garantia constitucional, considerada como um patrimônio mínimo<sup>285</sup>.

A melhora das condições de acesso à moradia e a superação do déficit habitacional brasileiro passam por uma desburocratização do sistema de aquisição imobiliária que fundamenta o discurso proprietário atual, tendo em vista que a realidade social não é a descrita no conteúdo do art. 1245 do Código Civil, mas a da necessidade de facilitar-se o acesso aos direitos fundamentais.

---

<sup>282</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FRANK, Felipe. Revisando os direitos reais a partir de sua interface com o direito obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real e obrigacional nas relações privadas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v.32, n.63, p.151, 2011.

<sup>283</sup> CORDEIRO, Eros Berlin de Moura; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.109.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p.100-101.

<sup>285</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.251.

Acerca do direito fundamental à moradia, o pensamento de Flávio Pansieri:

O Direito à Moradia constitui parte do núcleo essencial da Constituição de 1988, sendo um dos componentes da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, é Princípio da República Federativa do Brasil. Em razão dessa conectividade, o Direito à Moradia deve ser sempre adjetivado com a dignidade, devendo obedecer às seguintes premissas para sua efetivação: a) Segurança Jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem; b) Disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do Direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.); c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes; e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência; f) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.<sup>286</sup> (grifo nosso)

O ente público, a partir da lei, supõe a homogeneidade do território e da população, acreditando que sua estrutura seja capaz de solucionar os problemas da sociedade com normas burocratizantes inventadas a partir da perspectiva de afastamento das concretas condições da vida e da construção de mecanismos jurídicos abstratos sem correspondência com a realidade.<sup>287</sup>

A moradia, como política pública aliada ao direito de propriedade, deve se desprender de formalidades registrares, que servem mais à manutenção da ordem econômica e da força. A apropriação, nesses casos, deve acontecer por outra via que não a da demonstração de um título reconhecido pelo ente estatal.

Por todos esses motivos, é razoável afirmar que as dificuldades em se garantir um mais facilitado acesso à propriedade imóvel, e por via de consequência ao direito de moradia, em detrimento das promessas constitucionais de efetivação da justiça social, são dados significativos que acrescem aos diversos problemas de ordem social.

Erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais (art. 3.º da CF) são objetivos fundamentais da República, que terão maiores condições de realidade quando for garantido o acesso à propriedade e à moradia. Isso sim

---

<sup>286</sup> PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012. p.183.

<sup>287</sup> PONTES, Daniela Regina. **Direito à moradia**: entre o tempo e o espaço das apropriações. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p.38.

propiciará segurança (art. 5.º da CF), mas não a segurança típica do individualismo legal burguês, e sim a garantia de alcançar-se dignidade e qualidade de vida, pela liberdade de se demonstrar boa-fé na aquisição da propriedade, ainda que à margem do registro imobiliário.<sup>288</sup>

O Direito Civil-Constitucional se perfaz na ideia de que a pessoa é sua mais importante base de atuação, devendo-se garantir a sua dignidade, proteger os aspectos mais caros de sua intimidade e, na já mencionada afirmação de Luiz Edson Fachin, garantir o seu mínimo existencial.<sup>289</sup>

A Constituição, dentro dessa perspectiva, compromete-se, como visto alhures, a propiciar o acesso à moradia com qualidade, qualificada na garantia de propriedade, como aspecto natural de proteção do desenvolvimento da pessoa.

Jon Elster, acerca do que chama de pré-compromissos constitucionais, entende que podem nascer aliados à autorrestrições, com a finalidade de influenciar no controle das pessoas, servindo de limitador às paixões.<sup>290</sup> Na reflexão do autor, as paixões podem constituir-se em elementos desagregadores das decisões racionais, mas também podem criar os dados que motivem a um pré-compromisso socialmente adequado.

---

<sup>288</sup> Na linha do que se afirmou, vide o pensamento de Darcy Bessone: "Tornou-se evidente que é necessário criar um sistema de defesas e garantias, para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim, como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais. [...]. O legislador e o juiz, preocupados com os princípios insertos nos Códigos, procuram justificação para as afrontas que lhe fazem invocando a equidade, as idéias de solidariedade, as teorias humanistas do direito – a da lesão, a da imprevisão, a do abuso de direito, a do enriquecimento sem causa, É um trabalho constante de abrandamento do laço contratual, cada vez mais flexível, menos rígido. Os princípios tradicionais, individualistas e severos, sofrem freqüentes derrogações, em proveito da justiça contratual e da interdependência das relações entre os homens. As intervenções legislativas se multiplicam. Tudo vai sendo regulamentado com minúcia. Os preços das utilidades são tabelados, o inquilino é protegido contra o proprietário, os agricultores são beneficiados com moratórias e o reajustamento econômico, a usura é coibida, a compra de bens a prestação é regulada de modo a resguardar os interesses do adquirente. Eis aí uma longa série de medidas contrárias à autonomia da vontade e aos princípios clássicos – *pacta sunt servanda* ou o contrato faz lei entre as partes" (BESSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949. p.111).

<sup>289</sup> Nas palavras do autor: "Bem se vê que, nessa visão diversa, captada pela lente da pluralidade, o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola ideia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo." (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.280-281).

<sup>290</sup> ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromissos e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins, São Paulo: Editora UNESP, 2009. p.19.

Paixão, aqui, guarda identidade com as vontades e preferências do constituinte. Por isso falar-se em pré-compromissos e restrições, um em sintonia com o outro, para que seja possível alcançar liberdades e realizações, na medida em que o compromisso somente se efetivará se houver limitação de excessos que possam ser lesivos aos resultados esperados.

O constituinte, a partir dessa premissa, na elaboração de uma Constituição, pensa em limites à ação individual, compatíveis com o ideal coletivo. Por isso, impõe restrições sociais que visam beneficiar a maioria. Ao lado disso, fixa pré-compromissos que visem a estimular a evolução da sociedade, cumprindo-se os ideais de desenvolvimento, melhoria de condições de vida e qualidade nas relações intersubjetivas. É o que se espera, em linhas gerais, de uma Constituição.<sup>291</sup>

Esses limites alcançam ao indivíduo, ao gestor público e às instituições. Não há como ser diferente, até mesmo para evitar que alguém – especialmente um gestor público –, em um possível momento de desequilíbrio de sua atuação, possa descumprir o compromisso, optando por "decisões pouco sábias".<sup>292</sup>

Chega-se, então, à conclusão de que se fazem necessários critérios para demonstração dos direitos de alguém e das restrições a que outros deverão se vincular, para efetivar o compromisso constitucional e legal, nos assuntos de ordem proprietária.

O sistema de registro de imóveis é, nesse contexto, a aplicação da máxima político-jurídica envolvendo pré-compromissos e restrições, na medida em que, existente o dado registral estatal, fixadas estão as garantias e as limitações a que se vincula a propriedade. Isso, na visão político-liberal que orientou a codificação civil e a lei dos registros públicos.

Mas não é o Código Civil, hoje, que deve fixar aludidas políticas inflexíveis no espaço público e, da mesma maneira, no privado. A Constituição de 1988, a partir do que se compreendeu das lições de Jon Elster, é a norma a desenvolver tais critérios, e, de forma bastante clara, fixou seus compromissos e suas restrições,

---

<sup>291</sup> Jorge Miranda trata, neste sentido, da Constituição compromissória. (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.481-482).

<sup>292</sup> Assim Jon Elster se manifesta quando diz: "Muitos escritores têm argumentado que as constituições políticas são dispositivos de pré-compromissos ou auto-restrição, criados pelos políticos para se proteger de suas próprias tendências previsíveis a tomar decisões pouco sábias." (ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromissos e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins, São Paulo: Editora UNESP, 2009. p.119).

especialmente no tocante aos direitos fundamentais individuais e sociais, que envolvem o projeto proprietário.

O direito não é mais como na pandectística, efetivado a partir da construção de conceitos e interpretação de formas legais. O desafio de hoje na realização jurídica é a edificação de caminhos que sirvam à concretização desses compromissos constitucionais.

Essa edificação deve partir do maior compromisso firmado, que é um dos objetivos fundamentais da República: a Justiça Social.

A segurança no espaço proprietário, tão almejada pela modernidade, somente será efetiva no momento em que a justiça social se concretizar. Trata-se da segurança real, e não aquela ficta, edificada pela abstração e pelo rigorismo dos conceitos.

Os contextos de justiça estão para além da letra da lei. E a justiça se faz na concretização dos direitos, ainda que fora da clausura do texto codificado. As peculiaridades e as exceções devem ser apresentadas ao Judiciário, pois a vida concreta das pessoas merece a realização específica do que a Constituição prometeu.

Não é mais possível, finalmente, que a pretexto da letra codificada, se deixe de cumprir os compromissos constitucionais de acesso à propriedade e moradia, até porque a Constituição não surgiu do nada. Nasceu da percepção do constituinte a partir das "experiências" da vida comum, colhidas nas ruas, reflexos do cotidiano realista, que no mais das vezes é dissociado do jurídico. Continuar-se-á militando em equívoco ao desprender o jurídico da realidade, conduzindo-se ao que coerentemente situou Boaventura de Souza Santos como "desperdício da experiência".<sup>293</sup>

Francisco Amaral, nesse quadro, afirma da necessidade de se contemplar a complexidade das relações humanas, por conta do desenvolvimento econômico e social.<sup>294</sup> Complexa é a sociedade de hoje, que se orienta por diferentes objetivos e

---

<sup>293</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

<sup>294</sup> No dizer de Francisco Amaral: "A complexidade das relações e do processo de desenvolvimento econômico e social, a exigir um direito eficaz, no sentido de harmonizar os interesses dos indivíduos e dos grupos, fez surgir uma outra modalidade, a da *justiça social*. Revelada pela doutrina da igreja, visa estabelecer uma conexão entre a consciência moral e a consciência social da coletividade, exigindo que a ordem jurídica se mantenha ligada à ordem moral. Defende a luta contra os privilégios e exalta a dignidade humana, no sentido de fazer com que cada um contribua para o desenvolvimento, em todos os aspectos, da comunidade. O direito, fundamentado nos valores da justiça social, exerce, assim, uma função corretora do individualismo, equilibrando a

convive em realidades comunitárias das mais variadas. O Direito precisa adaptar-se a essa verdade.

Faz-se juridicamente relevante que se prestigiem as experiências reais e efetivas da titularidade privada e da moradia, permitindo-se considerar a existência de propriedades sem registro imobiliário. Para isso, é dado ao julgador a possibilidade de abrir seus horizontes, olhando para além das amarras do direito posto.

A análise pontual das situações levadas a juízo deve pautar-se pela realização dos compromissos da Constituição, ou seja, efetivação da dignidade, que no caso específico passará pelo teste da boa-fé no contrato, materializando a justiça, a partir da concretização da propriedade e da moradia, sob a égide da função social como acesso e liberdade.

### 3.2 O ATUAL QUADRO DA AQUISIÇÃO REGISTRAL IMOBILIÁRIA NO BRASIL: EXEMPLOS DA PROBLEMÁTICA EM CURSO

O simples fato de ser um sistema caro e burocrático, que cria a necessidade de realização de dois atos em duas instâncias públicas – a escritura pública perante o cartório de documentos e, posteriormente, o registro de imóveis – já denuncia a crise do modelo.

A segurança é a grande justificativa de o Brasil ter adotado o sistema de separação dos planos para a apropriação imobiliária, conclusão a que se chegou linhas atrás. Não obstante, exemplo de que essa segurança é ficta, é a atuação do Conselho Nacional de Justiça que determinou em 2010 o cancelamento de inúmeros registros imobiliários na comarca de Altamira, no Estado do Pará, abrangendo uma área superior a 410 milhões de hectares, que equivale à metade de todo o território brasileiro.<sup>295</sup>

---

atividade e os interesses dos vários setores sociais. A justiça social surge não mais como uma virtude mas como tomada de consciência da noção de bem comum, em uma perspectiva do direito como instrumento de controle e de mudança social." (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.17-18).

<sup>295</sup> A notícia está no portal do CNJ, sob o seguinte endereço: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7566&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7566&Itemid=675)>. Acesso em: 28/05/2014.. O STF concedeu liminar para suspender parcialmente esta decisão, através de Mandados de Segurança sob n.º 30220 e 30231. A informação está em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe>.

Os fundamentos para o ato foram diversas irregularidades nos registros, que datam desde o ano de 1934, passando por 1964 e 1988. Com os registros cancelados, os proprietários ficam impedidos de vender os bens ou utilizá-los como garantia em transações bancárias, por exemplo, até que a situação da propriedade seja regularizada.<sup>296</sup>

O CNJ criou o Comitê Executivo do Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos<sup>297</sup>, por meio da Portaria n.º 491 de 11 de março de 2009, que tem como função, dentre outras, "o estudo e monitoramento da atividade dos cartórios de registro de imóveis, nas questões relacionadas à ocupação do solo rural e urbano", nos termos do inciso VI de seu art. 2.º.<sup>298</sup> A atuação do Comitê no Estado do Pará foi a primeira e posteriormente outras inspeções acontecerão em outros Estados.

A segurança do sistema registral imobiliário é naturalmente relativa, como em qualquer situação da vida, inclusive com a veracidade dos termos do ato registral de presunção *juris tantum*. Isso, porque o sistema de fôlio real<sup>299</sup>, vigente no Brasil e na maioria dos países, constitui uma presunção de que o imóvel existe, com as especificações, localização e dimensões constantes da escritura pública, nos termos do art. 228 da Lei dos Registros Públicos.

O registro imobiliário é sistema que age em torno de ficções, tendo em vista que não há qualquer conferência física acerca dos dados constantes da matrícula, visando dotá-los de certeza, realidade e correção. Isso porque, na afirmação de

---

asp?idConteudo=185913>. Acesso em: 28/05/2014. Em ambos os Mandados de Segurança, o Ministério Público Federal manifestou-se (em 13/12/2013) pela negativa da segurança, considerando corretos os atos do CNJ. Página acessada em 28/05/2014.

<sup>296</sup> Vide: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-19/corregedoria-cnj-cancela-registros-imobiliarios-irregulares>>. Acesso em: 28/05/2014.

<sup>297</sup> Para maiores informações: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/forum-de-assuntos-fundiarios/comite-executivo>>. Acesso em: 04/06/2014.

<sup>298</sup> Para conhecer o inteiro teor da Portaria, acesse: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/portaria/portaria\\_491\\_11032009\\_19102012141043.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_491_11032009_19102012141043.pdf)>. Acesso em: 04/06/2014.

<sup>299</sup> BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito imobiliário registral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77.

Isabel Pereira Mendes, falta "rigor na identificação física dos imóveis e na sua identificação jurídica."<sup>300</sup>

O princípio da publicidade, que rege a atividade e é um de seus pilares geradores da suposta segurança dominial, como de ordinário acontece com as comunicações públicas editais, é construído em torno de suposições.<sup>301</sup>

Contudo, frequentes são as ações judiciais de retificação de áreas para poder-se ajustar o dado registral à realidade, o que gera toda sorte de consequências, totalmente alheias à "realidade" documental.

No que se refere à regularização fundiária, o registro é um grande fator de dificuldade, pois, na maioria das vezes, mesmo com as posses demonstradas, condizentes com a verdade e a realidade dos envolvidos, fica impedida regularização dominial pelo não cumprimento do requisito formal. A exceção, por certo, é a hipótese da Usucapião, para a qual não é necessário um título anterior a ser registrado.

Para além de todos esses fatores que fazem com que o sistema seja desacreditado, sua crise passa, ainda, pelo obsoletismo. A burocracia é um dos elementos a se constatar como fundamento sobre o quanto atrasado é o modelo, na medida em que os meios para alcançar a propriedade não são equacionados em relação ao objetivo.

Falta coerência, qualificada, aqui, pelo princípio da necessidade, que auxilia na concretização do princípio da proporcionalidade. José Joaquim Gomes Canotilho informa que por este princípio deve ser buscado o meio menos gravoso para a pessoa alcançar o que pretende na esfera pública ou privada.<sup>302</sup> Em outras palavras, somente se vale do meio mais difícil se não for possível o menos oneroso. A exigência de dois atos públicos, escritura pública e registro, dificulta o alcance do direito, sendo, portanto, inadequada.

---

<sup>300</sup> MENDES, Isabel Pereira. **Estudos sobre registro predial**. Coimbra: Almedina, 2003. p.49.

<sup>301</sup> Nas palavras de Nicolau Balbino Filho: "A publicidade investe de certeza as declarações registrares que, por virtude própria, se presumem exatas, ainda hipoteticamente o seu conteúdo se revista de simples aparência, ou esteja de fato de fato vazio, por não refletir plenamente a realidade jurídica." (BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito imobiliário registral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.178).

<sup>302</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.383.



Se o registro fosse meramente declarativo, como em Portugal, Itália e França, não haveria maiores questionamentos, na medida em que a parte escolheria trilhar pelo caminho mais difícil. Constituir-se como obrigatoriedade, sob o único argumento de segurança e publicidade, fere a pretensão de objetividade do Direito Civil contemporâneo.

Paulo Lôbo avalia que a tendência nas legislações estrangeiras, em sua grande maioria, é optar pelo que chama de "modelo simplificado", conferindo-se ao contrato de compra e venda os dois efeitos (obrigação de transferir e acordo de transmissão), destinando-se o registro a uma finalidade meramente declaratória.<sup>303</sup>

Não se olvide, finalmente, que o obsoletismo do modelo brasileiro de apropriação imobiliária passa pela não utilização – aí sim com maior possibilidade de segurança – de novas tecnologias, tais como sistema de informação integrado, georreferenciamento – atualmente apenas exigido para imóveis rurais<sup>304</sup> –, recursos de internet integrados, entre outros.

A sociedade está marcada fortemente pelas novas tecnologias de informação. Os recursos digitais são os mais variados e as pessoas se comunicam em todas as partes do globo mediante um toque. Tais inovações, contudo, não chegaram ao Direito, em especial ao direito registral. Os satélites e coletores de dados poderiam oferecer a segurança que o documento registral – isolado e sem publicidade realística – deseja conceber. É fácil, hoje, pensar em um sistema em que a propriedade se comprove, de forma real e com todas as suas alterações de características, a partir de dados de computador, alteráveis a cada nova contratação, por um sistema nacional (ou estadual), mas centralizado e disponível.

Poder-se-ia até pensar na unificação dos serviços públicos de notariado e registro, em sistema único, pelo qual, ao contratar-se por meio de escritura pública, este documento já ingressasse em uma central cadastral imobiliária, com publicidade em tempo real e acessível a todos. Em outras palavras, um só ato público – o contrato – que, uma vez efetivado, gerasse a prova e presunção de transferência da propriedade imóvel, inclusive com a publicidade esperada.

---

<sup>303</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p.218.

<sup>304</sup> Conforme art. 176, §§ 3.º e 4.º da Lei dos Registros Públicos.

Lógico que isso, por si só, não será suficiente para encerrar a problemática do acesso constitucional imobiliário, devendo o Judiciário estar preparado para atender aos pleitos de efetivação e aplicação direta da Constituição neste campo, em prestígio aos contratos firmados de boa-fé.

O sistema, por fim, não prestigia a esfera contratual, a posse, e não contempla a diversidade das situações proprietárias, ignorando a função social da propriedade, do contrato, e todos os demais elementos que compõem os compromissos constitucionais firmados em 1988.

A segurança da propriedade pelo registro<sup>305</sup>, como foi possível perceber de toda esta primeira parte do trabalho, é dogma a ser superado, especialmente por constituir-se em mera ficção jurídica construída no auge do liberalismo burguês, que não atende mais às concepções jurídicas da contemporaneidade.<sup>306</sup>

O direito denominado "registral", como exigência para o pertencimento proprietário sobre imóveis, fruto da aparência libertária e protetiva do Estado liberal, não obstante, revela-se contemporaneamente insuficiente à satisfação das necessidades da sociedade plural e complexa brasileira.

Faz-se mister que se promova a realização da pessoa por meio do patrimônio e não o contrário, como na perspectiva oitocentista. A realidade das relações interpessoais deve prevalecer em face do formalismo abstrato e individualista, típico do discurso

---

<sup>305</sup> Sobre a segurança, vide Pablo Malheiros Cunha Frota: "A sociedade contemporânea é a da incerteza, do risco, do hiperconsumo e promove a tensão de dois valores: a justiça e a segurança jurídica. O 'seguro' gerou problemas, uma vez que esteve sempre afastado do justo e da realidade. O justo, ao revés, caminha com a sociedade, porque é dela que os juristas e os operadores do direito retiram os dados para a realização correta e concreta do direito, sendo imprescindível o cumprimento do princípio da fundamentação previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988." (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p.108).

<sup>306</sup> A par disso: "O resultado de tal tratamento Direito Civil é a construção de uma dogmática alheia à sociedade e ao próprio sistema jurídico, pois se mantém com os olhos voltados para o século passado, com uma idéia de sistema não mais vigente, centrado na codificação e na defesa dos interesses liberais burgueses, em prejuízo do sujeito intersubjetivamente considerado, que fica à margem, enquanto o centro protetivo do ordenamento é ocupado pela patrimonialidade." (ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.30-31).

proprietário atual.<sup>307</sup> Em outras palavras, é necessário tratar-se a temática da aquisição imóvel a partir do fenômeno da constitucionalização, valorizando-se o contrato e a posse – para além das hipóteses rigidamente descritas na Lei –, em respeito à funcionalização constitucional dos institutos fundamentais do Direito – em especial do Direito Civil –, que guarda em seu propósito a valorização do ser humano, possibilitando-lhe o acesso aos direitos fundamentais, como a dignidade e a qualidade de vida.

A Lição de Luiz Edson Fachin, nesse sentido, é irretocável:

Desafio será compreender o Direito Civil do terceiro milênio para estar próximo aos fatos e às circunstâncias, saber conviver com uma indispensável instabilidade que lhe dê entradas e saídas, dos fatos para o Direito e do Direito para os fatos. Daí por que, talvez, há de se pensar o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade para nele se retratarem.<sup>308</sup>

Os novos desafios ligados à porosidade e à complexidade do contexto social indicam um caminho a que o Direito não pode se furtar em trilhar: o da hermenêutica constitucional prospectiva, com sua constante revisão de enunciados, especialmente pelo motivo de que a vida está em movimento e o jurídico não pode restar estático.

As experiências colhidas do passado, a partir da apropriação do conhecimento histórico metodologicamente adequado, devem influenciar na tomada de atitude e de decisão, com vistas a justificar a construção de uma nova ordem jurídica, política e social, como na afirmação de Paolo Grossi:

É claro que quem fala de pensamento jurídico, não por mera ocasião retórica, mas conscientemente, afirma implicitamente que não tem nada a partilhar nem com uma visão reducionista do direito, nem com uma concepção positivista da ciência jurídica e do jurista. O direito não pode, sob essa ótica, ser reduzido a instrumento do poder político ou a um acúmulo normativo mais ou menos ordenado sistematicamente; e a ciência jurídica, alforriada

---

<sup>307</sup> Neste sentido, a coerente exposição de Luigi Bonizzato: "Por conseguinte, em breve digressão, o direito de propriedade codificado no país no início do século passado passa a não mais possuir as mesmas características e os mesmos contornos. Cede à hierarquia constitucional que, gradativamente, mitigou o quase absolutismo àquele à época inerente." (BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2007. p.54).

<sup>308</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.145.

de toda servidão exegética, liberada do condicionamento necessário da vontade do legislador, é individuada como intérprete no significado mais intenso do termo, não como tecedeira de argumentações lógicas no interior de um sistema fechado que ela não contribuiu a construir e do qual ela simplesmente sofreu a incidência, mas sim como mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, força viva e criativa da história na elaboração das arquiteturas adequadas e eficazes a sustentar, mais que o produto de um legislador contingente, uma inteira civilização em movimento.<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.140.

**SEGUNDA PARTE – O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E AS  
TITULARIDADES: O DIREITO PROPRIETÁRIO EM RECONSTRUÇÃO**

## 1 DO INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO À FUNCIONALIZAÇÃO

A propriedade a partir da modernidade tem traço individualista, na medida em que o dono do bem tem livre disponibilidade de agir como desejar a partir de seus poderes descritos na lei. Como bem se viu, nunca houve sintonia na construção de um conceito de propriedade, mas sempre qualificação a partir dos poderes a ela inerentes.

As consequências desse referencial egoístico sempre tiveram por pano de fundo a dominação, a acumulação desigual de riquezas e o atraso do desenvolvimento social na perspectiva da qualidade de vida. Mas isso nasce da construção da esfera pública como "o comum" e da privada como "a propriedade", na explicação de Hannah Arendt.<sup>310</sup> O comum é o espaço de todos, do grupo, enquanto a propriedade compreende a família e a intimidade.

A estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias estreitava o direito público do privado, a partir da *summa divisio* romana. A autonomia típica do Estado liberal contrastava com participação do ente público nas atividades particulares. Por isso pode-se afirmar que a fixação antagônica do público e do privado é um dos fundamentos da estruturação conceitual de propriedade como algo absoluto do indivíduo<sup>311</sup>, até mesmo como forma de proteção contra possíveis atos do poder público, em precaução ao que vigorara no antigo regime<sup>312</sup>.

O liberalismo, em suas multifaces construtoras do modelo capitalista, identifica a propriedade como espaço privilegiado da liberdade individual, que servirá de base e fundamento, inclusive, do Estado moderno e da política que a irá conduzir. A liberdade

---

<sup>310</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p.59 e 69.

<sup>311</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.152.

<sup>312</sup> É o que também menciona Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: "O caráter da propriedade se define como 'o mais absoluto' com base em uma concepção teórica que vincula propriedade e liberdade, mas com os olhos voltados a uma finalidade clara: sepultar o sistema de domínio feudal que ainda prevalecia no Antigo Regime." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.155).

está diretamente vinculada à patrimonialidade, ou, em outras palavras, a pessoa é livre *por ser* proprietária, o que faz nascer a construção da ideia de direitos subjetivos.

Nessa perspectiva surge o Estado Moderno, oriundo de um "Estado de Natureza" no qual o indivíduo, por ter seus direitos – vistos unicamente sob a óptica patrimonial – ameaçados por outrem, dentro da comunidade, precisa de proteção, que somente virá com a organização de um conteúdo legislativo, em que cada pessoa abre mão de sua liberdade em prol do todo coletivo.

Não se olvide da distinção de Estado Natureza em John Locke e em Thomas Hobbes, frisada por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk,<sup>313</sup> que tem como eixo base a perturbação das liberdades. A liberdade em Hobbes é ilimitada, o que faz nascer um estado de guerra de todos contra todos, enquanto em Locke o estado de guerra somente se verifica quando alguém vê ameaçado seu direito (propriedade) e, somente por isso, age por suas próprias forças para proteção. O que há de comum entre os pensamentos é a proposta de um Estado em que as pessoas limitam suas liberdades, entregando ao ente público sua proteção.

A distinção aqui ofertada ao modelo de John Locke se dá pelo motivo de que sua construção teórica parte do contexto de propriedade, ou, em outras palavras, será decisiva à exegese do Code Napoléon, fundada na proteção absoluta da propriedade individual, a partir do que decorrem os demais direitos e limites de expressão social.<sup>314</sup>

Paolo Grossi identifica esse momento histórico como aquele em que "o Código fala ao coração dos proprietários", constituindo-se em lei tranquilizadora de um pequeno mundo dominado pelo "ter".<sup>315</sup>

Esse estado de coisas mantém-se até o advento das grandes guerras, especialmente da Segunda Guerra Mundial, quando se percebe que a autonomia privada nos moldes até então estabelecidos, é passível de gerar abusos e relevante desequilíbrio na ordem política e econômica. Daí o que menciona Francesco Lucarelli,

---

<sup>313</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.82-83.

<sup>314</sup> Para um maior aprofundamento desses referenciais, leia: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p.79-88.

<sup>315</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.130.

indicando que é nesse período que o social começa a prevalecer sobre o individual, suscitando dois novos temas: a função social e o abuso do direito.<sup>316</sup>

Visando a uma tentativa de minimizar a absoluta concentração e garantia de inviolabilidade por meio da eternização da propriedade – bem como a irrestrita autonomia privada na esfera dos contratos –, a sociedade começa a se interessar pela eficácia das normas não somente no que se refere ao controle e à disciplina social, mas também no tocante ao respeito à organização e direção da sociedade, abandonando-se, de certa forma, a costumeira função unicamente repressiva do Estado por meio da lei, em favor de novas funções no Direito, com uma noção mais distributiva e promocional das possibilidades das pessoas. É assim, no dizer de Francisco Amaral, que tem início a "funcionalização dos institutos jurídicos", inicialmente em matéria de propriedade e, posteriormente, dos contratos.<sup>317</sup>

A funcionalização dos institutos do Direito, e em especial do Direito Civil, que importa neste momento (a propriedade e o contrato), terá o importante papel de definir atuações de governo, limitar abusos e, o mais importante, fomentar e orientar liberdades.

A ideia de função, portanto, ao longo do tempo, passa por variadas leituras que vão – por exemplo – desde a limitação do proprietário (ou contratante) em relação a seus bens (ou contratos) até a liberdade de alcançá-los. Em outras palavras, a categoria "função" pode ser empregada em múltiplas faces do conhecimento jurídico.

Antes de se pensar na "função social" de algum instituto do Direito Civil, primeiro faz-se mister conceber o alcance do vocábulo "função". Para tal via, utilizar-se-á das reflexões de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, no que pertine às premissas

---

<sup>316</sup> LUCARELLI, Francesco. **Diritti civili e istituti privatistici**. Padova: Cedam, 1984. p.209.

<sup>317</sup> A par disso, o autor ainda ensina que: "Representa, assim, a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto, e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e de prestações de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condicionam-se aos efeitos sociais que tal circulação possa causar, tendo em vista o bem comum e a igualdade material, ideia que 'se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional'. De tudo isso resulta que a funcionalização de um princípio, norma, instituto ou direito implica, na sua positividade normativa, o reconhecimento de limites que o ordenamento jurídico, ou algum de seus princípios vinculantes, estabelece para o exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito." (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.86-87).



mais relevantes para compreensão do assunto. A partir de Norberto Bobbio<sup>318</sup>, que considera a função como "prestação", e de Guy Rocher<sup>319</sup>, que entende prestação como "contributo", o autor extrai que uma análise funcional pode passar por três elementos: algo *que exerce* uma prestação/contributo/papel; algo *que se destina* a esse papel; e a prestação/contributo/papel que é a função propriamente dita.<sup>320</sup>

Sob a batuta de Norberto Bobbio, continua mencionando que o conceito de função relaciona meios e fins, de maneira que "se cogita de uma finalidade de um elemento com relação, ao menos na literalidade do conceito, a um 'todo'".<sup>321</sup> A partir disso, pondera que como Bobbio analisa a questão sob o enfoque funcionalista, tomando por "todo" o sistema social, este mesmo "todo" não precisa ser tomado em um "sentido totalizante, e que pode ser, inclusive, os indivíduos."<sup>322</sup>

A função, desse modo, não se perfaz tão somente nas atitudes de alguém em prol de um todo social. Por função deve-se entender, igualmente, ações pretendidas por uma pessoa, ou várias, ou ainda do Direito em sua totalidade, em face de pessoas específicas, em situações individualizadas.

Veja-se, em virtude da relevância, um extrato do pensamento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Isso é revelador de que a apreensão jurídica do conceito de função de que se está a falar não depende, necessariamente, de subscrever todos os conceitos a ela conexos na análise funcionalista, mas, tão só, os *loci* em que ela se insere e aos quais ela se refere.

Em outras palavras, dado instituto jurídico pode realizar prestações/contributos (e, assim, realizar uma função) para algo ou alguém (ou para atender às necessidades de algo ou de alguém) que não precisa, necessariamente, ser o "todo social".

---

<sup>318</sup> A obra de Norberto Bobbio em referência é: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p.103.

<sup>319</sup> Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk menciona Guy Rocher, citado por Durão Barroso, que "concebe a função como 'o contributo que um elemento traz à organização ou à ação do conjunto em que faz parte.'" (BARROSO, J. Durão. Verbete Função. In: **POLIS – Enciclopédia verbo da sociedade e do Estado**. Lisboa: Verbo, 1996. p.1606).

<sup>320</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.144-145.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p.145.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p.148.

Mesmo análises alheias ao Direito admitem o emprego da categoria função sem uma visão totalizante.

Pode-se, destarte, fazer referência à função no Direito como contributo que dado instituto jurídico oferece a algo ou a alguém que é seu destinatário.

Cabe, todavia, qualificar a função conforme esse destinatário. As concepções tradicionais sobre a função social como referente a um "todo" social tiveram o condão de fazer com que um conjunto de funções pudesse ser abarcado por esse conceito genérico e pretensamente totalizante, remanesecendo até hoje como designação empregada até mesmo para dar conta de prestações/contributos que não se destinam propriamente àquele mesmo todo a que se fazia referência na construção original do conceito.

O destinatário, diferentemente das noções que o assumem como o todo social, pode ser a pessoa concreta em relação, integrante de uma rede de intersubjetividades, seja ela a titular de uma dada posição jurídica seja, mesmo, um terceiro que pode sofrer as repercussões do exercício ou do não exercício dessa posição jurídica pelo respectivo titular. Não se trata, como se vê, nem da abstração da sociedade totalizante, nem do indivíduo atomizado.<sup>323</sup> (grifo nosso)

Esse modo de considerar o conteúdo de função definirá os rumos deste trabalho, de maneira a perceber o contributo que se deva propiciar, da mesma forma que coletivamente, a alguma pessoa (ou situação fático-jurídica) que necessite alcançar finalidades específicas. É o que o autor trata por "função como liberdade", como se verá.

Na transição do Estado Liberal até o presente Estado Constitucional, também tratado por Estado Democrático de Direito, a esfera proprietária transitou do absolutismo individual para a titularidade funcionalizada. Em outras palavras, rompeu-se com a ilimitada possibilidade de exercício dos poderes de uso, gozo e fruição, dando azo à uma perspectiva de aproveitamento consciente dos bens em um ambiente de socialidade, não egoística, e que possa gerar direitos individuais ou coletivos.

O indivíduo não é mais considerado como isolado – atomizado – na sociedade e por esse motivo deve respeito ao Direito e a seus pares. O uso da propriedade deve ser socialmente adequado. Daniel Sarmento analisa a temática com precisão ao dizer que: "quando se afirma que o direito privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, constata-se a superação do paradigma individualista."<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.148-149.

<sup>324</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.118.

A superação desse paradigma guarda fundamento, também, na consideração de um Direito menos preocupado com a estrutura e mais focado na função. Em outras palavras, encontra-se em curso uma mudança de perspectiva do estudo das ciências jurídicas para além da rígida escola analítica e dos conceitos, migrando-se para a efetividade e concretização dos direitos em relação à pessoa. É sair do abstrato para considerar a realidade.

A ideia de Estrutura tem a ver com o juízo de silogismo legal, mais especificamente quando se fala em premissa maior como disposição normativa e em premissa menor em relação ao fato, que se interligam fazendo nascer o resultado de aplicação da norma ao caso concreto.<sup>325</sup>

É um juízo fechado e, por isso, deontológico no sentido mais restrito da palavra. Não que todos os juízos deontológicos sejam fechados, mas esta forma de dever ser nasce de hipótese abstrata e hipotética que, uma vez em sintonia com um fato determinado, deve se resolver em sanção ou alguma outra consequência especificada em seu texto. Trata-se da clássica fórmula oriunda da filosofia analítica "se é A deve ser B".

Já a perspectiva da função, no dizer de Francisco Amaral, está atrelada à ideia de "cláusulas gerais", que "são proposições normativas cuja hipótese de fato, em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na função criadora." O autor ressalta, ainda, que é significativa inovação do Código de 2002, porque exprime um novo pensamento jurídico pós-positivista, diverso de 1916, reabilitando o Direito como ciência prática, com realce da importância da doutrina e maior responsabilidade do intérprete.<sup>326</sup>

---

<sup>325</sup> Na linha do que se afirma, a lição de Francisco Amaral: "A estrutura da norma jurídica forma-se de dois elementos: a *condição de aplicação*, ou hipótese de fato, que a doutrina italiana chama de *fattispecie*, a alemã de *Tatbestand* e a inglesa de *operative facts*, significando previsão de ocorrência de fato hipoteticamente previsto, e o *dispositivo* ou *preceito*, *disposizione*, *Rechtsfolg*, que é a *consequência jurídica* estabelecida para o caso de verificar-se a hipótese. Se ocorre *A*, verifica-se *B*. [...] A consequência jurídica é a resposta do direito à ocorrência de determinado fato, previsto na hipótese normativa, e traduz a valoração que o grupo social dá a esse fato. Não se confunda, porém, a consequência jurídica com o efeito realmente verificado. Este situa-se no campo do ser, enquanto aquela pertence ao mundo do dever ser." (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.104-105).

<sup>326</sup> *Ibid.*, p.105.

Em suma, o Direito, diante da complexidade e pluralidade da sociedade contemporânea, não tem mais condições de reger de maneira restrita, absoluta e impessoal, todas as condutas. Isso faz nascer, em especial no Direito Civil, uma maior e melhor liberdade na consideração dos casos concretos, a partir de suas especificidades e características.

Como se teve a oportunidade frisar, a Constituição está recheada de normas que se qualificam como "gerais", a partir da concepção principiológica. E a Função, ali qualificada para tratar da propriedade e do contrato, por exemplo, tem exatamente essa finalidade de promover a liberdade de configurar o caso concreto à hipótese descrita no conteúdo normativo.

Não se trata, como se tem equivocadamente propalado, ofertar um "cheque em branco" aos intérpretes para que conduzam a função em benefício de seus interesses, mas, sim, autorizar que fundamentos relevantes – e com limites na própria norma e no conjunto sistemático existente no íntimo da Constituição – possam ser garantidores da realização da dignidade da pessoa e da concretude de suas necessidades.

Judith Martins-Costa, sobre a eficiência da fórmula de "cláusulas gerais", orienta que servem para "permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico".<sup>327</sup> Não se confunda com o conceito de princípio. Está-se, aqui, fazendo essa aproximação, para a tentativa de explicar que a funcionalização dos institutos do Direito Civil tem conotação aberta, serve de contributo para a o alcance de finalidades, fora de um conceito de rigidez formal estruturante, o que faculta ao intérprete uma maior liberdade acadêmica e prática no trato das questões de Direito.

Ricardo Aronne prefere conferir à função social um *status* diferenciado, com o que se há de concordar, quando afirma que "a função social da propriedade privada importa em ser mais do que uma cláusula geral da codificação, no sentido que muitos lhe atribuem. Guarda conexão direta com o núcleo do sistema, alimentando o direito das coisas com os valores constitucionais."<sup>328</sup>

---

<sup>327</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.341.

<sup>328</sup> ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.67.

A perspectiva aqui entregue à função, em comparação com cláusula geral, não tem a intenção de retirar da primeira sua máxima importância atribuída pela Constituição. Quer-se, tão somente, informar de seu conteúdo aberto, que permite uma melhor integração intra e extra sistemática nos afazeres hermenêuticos. Poder-se-ia melhor explicar, talvez, como a qualidade de abertura de que são dotados os princípios e, no caso presente, a função.

Orlando Gomes, ainda que criticando a imprecisão<sup>329</sup> da expressão função social, e remetendo-se a Stefano Rodotà, esclarece que "o termo *função* contrapõe-se a *estrutura* e que serve para definir a maneira concreta de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e notórias." E nesse sentido, explica:

A partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão somente para satisfação de seu interesse, a *função* da propriedade tornou-se *social*. O novo esquema manifestou-se pela consistência da *função*, sob triplice aspecto: 1.º - a privação de determinadas *faculdades*; 2.º - a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes; 3.º - a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio. A *funcionalização* da propriedade se resolveria na distinção entre espécies particulares de *bens*, classificados mediante *critério económico*, e pela modificação das normas que disciplinam a actividade do proprietário.<sup>330</sup>

Existe, portanto, razoável descompasso entre os conteúdos de estrutura e função, e o Direito Civil de índole constitucional valoriza o estudo da funcionalização, especialmente porque confere maior autonomia à busca máxima possível da efetivação dos direitos das realidades de vida – e não abstratos e irrealizáveis, típicos das normas programáticas – com vistas a conceber à ciência jurídica o *status* de conjunto de conhecimentos que incidam sobre efetividades.

---

<sup>329</sup> "Apesar da imprecisão da expressão função social e, sobretudo, da dificuldade de convertê-la num conceito jurídico, tornou-se corrente o seu uso na lei, preferencialmente nas Constituições, sem univocidade mas com expressiva carga psicológica, recebida, sem precauções, pelos juristas em geral." (GOMES, Orlando. A função social da propriedade. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. v.2. p.427).

<sup>330</sup> *Ibid.*, p.426.

Esse descompasso, destarte, não anula a importância da estrutura, que sempre vai existir em contextos jurídicos, ainda que sob a forma de método ou descrição de algum conteúdo normativo ou relacional. Pietro Perlingieri, nesse sentido, orienta:

Em toda noção jurídica encontra-se uma estrutura e uma função. Dá-se o mesmo com a relação jurídica. Esta, no perfil funcional, não é nada mais que um regulamento, isto é, a disciplina de opostos centros de interesses relacionados, de maneira que estes tenham uma composição ou harmonização (*contemperamento*). A relação é disciplina, regulamento dos interesses vistos na sua síntese: é a normativa que constitui a harmonização (*contemperamento*) das situações subjetivas. Ela apresenta-se como o ordenamento do caso concreto; não é casual, de fato, a definição de ordenamento como sistema de relações. A relação é, no seu perfil funcional, um conjunto de cláusulas preceitos, prerrogativas, atribuições, isto é, um regulamento. O aspecto normativo conflui naquele funcional. A obrigação pecuniária caracteriza-se por ter como conteúdo a prestação de uma quantia em dinheiro; ela, no seu aspecto estrutural, é relacionamento – expresso em termos de contraposição – entre a situação creditória e aquela debitória. Esta relação, porém, é neutra, não exprime ainda o porquê da sua existência, a função prático-social à qual responde. Falta o aspecto causativo da obrigação pecuniária, o seu regramento, a disciplina que a caracteriza. Se se limitasse ao aspecto estrutural, isto é, à relação entre as situações, não seria possível individualizar efetivamente a disciplina, a função daquela obrigação. Ela assume uma disciplina segundo a sua causa, a qual é expressão da sua disciplina segundo a sua causa, a qual é expressão da sua disciplina: o aspecto funcional e aquele causativo exprimem a mesma exigência, isto é, individualizar e completar uma relação entre situações subjetivas. O credor, segundo seja a causa uma ou outra, tem, ou não, determinados poderes, obrigações: poderá agir para a resolução (art. 1.435 ss. Cód. Civ.), poderá defender-se excepcionando a inadimplência da outra parte (art. 1.460 Cód. Civ.).<sup>331</sup>

Relevante, nesse sentido, o entendimento de Roberta Mauro Medina Maia, ao afirmar que

ainda que seja possível distinguir estrutura e função, essa distinção se restringe à esfera didática, tendo em vista que a correta compreensão de qualquer relação ou noção jurídica não poderá prescindir jamais da leitura conjunta do perfil funcional e daquele estrutural.<sup>332</sup>

---

<sup>331</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.116-117.

<sup>332</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: RT, 2013. p.61.

Ao mesmo tempo, o "excesso de estrutura" gera o engessamento do Direito, impedindo que seja possível ao jurídico constituir-se, como deseja Pietro Perlingieri, em "uma força de transformação da realidade"<sup>333</sup>.

Por tudo isso, fica simples compreender que o Direito, hoje, está para além do dogma da lei – do *legalismo*, que pode ser entendido como apego indiscriminado à literalidade da lei – transitando para a emancipação do jurista, permitindo-o pensar e efetivar as intenções e promessas próprias da Constituição, que jamais se pode colocar em patamar de equiparação com qualquer outra espécie legislativa, exatamente pelo seu conteúdo democrático, axiológico e libertário.

Nesse sentido, a constatação de Luiz Edson Fachin:

*La crítica a la constitucionalización del Derecho Civil con base en el criterio de un supuesto perjuicio a la precisión conceptual y a la autonomía de las disciplinas es una fetichización de la racionalidad sistémica cerrada, que encara el Derecho como una realidad ontológica y un fin en sí mismo, y no como un instrumento al servicio de las demandas impuestas para la concretización de la dignidad de la persona.*

*De hecho, modelos y conceptos no son el verdadero objeto del Derecho, sino, apenas, su instrumento. La crítica fundada en la autonomía conceptual, sin embargo, puede interpretarse como un síntoma que confirma la pertinencia de la problemática a la que alude el presente estudio: la estructura conceptualista de la Parte General del Código Civil puede, desde una interpretación que comprenda al 'sistema' de Derecho Privado como dotado de autonomía principiológica y conceptual, revelar una supuesta incompatibilidad entre la estructura patrimonialista y la abstraccionista del Código Civil y la racionalidad protectora de la persona que emerge de la Constitución.*

*Esa lectura se refleja en la solución de casos concretos en el sistema judicial: en vez de una problematización tópica que busque, en el orden principiológico constitucional, la mejor solución, a la luz de los derechos fundamentales, con frecuencia se busca la solución mecanicista, es decir, la subsunción del hecho a la solución preestablecida del modelo codificado de la relación jurídica. Tal proceder puede generar una ofensa a los derechos fundamentales como resultado de la ciega aplicación de la 'solución' positivada por el modelo o, aun, por la ausencia de modelos, lo que excluye la posibilidad del reconocimiento de los derechos en donde se hace necesaria. Éste es uno de los modos en que el Derecho puede generar víctimas, alejándose de una dirección emancipadora.*<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.1, n.6 e 7, 1998/1999.

<sup>334</sup> FACHIN, Luis Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, Santa Fé, v.2, n.15, p.264-265, 2009.

Na sequência de ideias do autor, a superação do Estado liberal e da abstração jurídica a ele inerente<sup>335</sup> traz consigo a consciência da necessária efetivação dos comandos constitucionais de forma direta e imediata. As Constituições típicas da modernidade eram dotadas – ou talvez interpretadas – tão somente de dispositivos programáticos, de projetos a serem efetivados no futuro.

A Constituição brasileira de 1988, ao contrário, pretendeu ser norma jurídica com poder de efetivação direta, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. José Joaquim Gomes Canotilho, em doutrina clara e objetiva, acerca da aplicação direta da Constituição, afirma:

Deve ter-se aqui em conta o sentido da aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência. Recorde-se o sentido fundamental dessa aplicabilidade directa; os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através de *auctoritas interpositivo* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais.<sup>336</sup>

O legalismo é um dogma a ser superado. Para que o Direito possa recuperar em sua essência postulados como justiça e eticidade, faz-se imprescindível a superação do paradigma formalista. A aplicação direta dos preceitos constitucionais significa a realização de um dos objetivos da República brasileira, ou seja, a construção de uma sociedade livre, *justa* e fraterna (art. 3.º CF).

A Constituição traz à tona o ideal de justiça que fora abandonado pelo positivismo exegético, exatamente porque reconhece a complexidade da sociedade

---

<sup>335</sup> Sobre a abstração e igualdade formal como típicos do Estado liberal, a oportuna lição de Paolo Grossi: "Abstração e igualdade formal foram, talvez, as armas mais afiadas da grande batalha burguesa, armas só aparentemente desinteressadas, só aparentemente em benefício e para a proteção de todos. Aos meus alunos da disciplina de História do direito moderno, nunca deixo de ler uma frase retirada do magnífico romance *"Le lys rouge"*, de Anatole France, uma frase que acumula em si um diagnóstico historiograficamente agudíssimo; o grande romancista assinala com pungente sarcasmo: *la majesteuse égalité des lois, qui interdit u riche comme au pauvre de coucher sous le ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain*"; e conclui, mal conseguindo esconder a zombaria: *"ele élewa, sous le nom d'égalité, l'empire de la richesse"*. (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.127-128).

<sup>336</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. 11.ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p.438.



contemporânea. As demandas sociais plurais refletem difíceis hipóteses de encaixe na exata adequação da lei ao caso concreto, no exercício hermenêutico clássico da subsunção. Como bem frisa Maria Celina Bodin de Moraes:

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.<sup>337</sup>

A suposta "desordem" – argumento clássico estruturalista – que poderia surgir da aplicação direta dos princípios constitucionais, geradora de possível insegurança e instabilidade, parece sentida tão somente por juristas acostumados às fórmulas prontas, típicas da normatividade rígida dos oitocentos. O que se tem tratado por "caos", na verdade, são apenas os efeitos da complexidade e da pluralidade dos tempos atuais. As fórmulas tradicionais e os remédios jurídicos enclausurados na letra da lei, de fato, não são mais suficientes à realização do Direito no presente.<sup>338</sup>

Ao contrário da abertura, natural dos sistemas jurídicos de países democráticos e de sociedades complexas, está a pretensão de totalidade do ordenamento jurídico, que prega a liberdade para quem "agir de acordo com a lei". O Brasil não tem mais como conviver com esse formato generalizante de abstração e pseudo totalização, uma vez que abalado definitivamente em face de argumentos sociais, que não são meras ideias acadêmicas, mas realidades incontornáveis.<sup>339</sup>

O que não se deve aceitar, portanto, é a obstrução do acesso aos direitos, liberdades e garantias refletidos nos compromissos assumidos pela Constituição. Esse, portanto, o caminho a seguir: a fuga do individualismo e da abstração, rumo

---

<sup>337</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.14.

<sup>338</sup> A este propósito, com foco na "desconstrução" do Direito em Jacques Derrida, leia: KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Críticas da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p.130-143.

<sup>339</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus termos**: dignidade humana, dignidade do mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.125.

à funcionalização dos institutos do Direito Civil, em especial, como se verá, da propriedade e do contrato.

## 1.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade contemporânea deve ser considerada a partir de uma perspectiva de função, uma vez que o absolutismo e individualismo proprietários ficaram na história da civilística brasileira dos séculos XIX e XX.

Para que se compreenda todo o contexto, mormente por conta da distinção existente entre os conceitos de função e de função social, em que pese a doutrina em sua esmagadora maioria não dê a devida atenção ao tema, fica de boa coerência resgatar – ainda que de forma breve – as origens e proposições que envolveram a construção da função social, que servem tanto para a propriedade como para o contrato, mas que, aqui, se iniciará pela propriedade.

Pode-se afirmar que o precursor da funcionalização do Direito Civil foi Rudolf Von Ihering, que em meados do século XIX sustentou que o Direito se destinava à sociedade e que por isso a propriedade não tinha, como se propagava, caráter sagrado.<sup>340</sup>

Tratava o autor, portanto, de uma ideia de socialidade do Direito, especialmente na conjuntura daquele momento histórico, finais do século XIX na virada para o século XX, que se sucedeu da forte tendência a se ordenar os sistemas jurídicos por meio de Constituições.<sup>341</sup>

Na esteira de Rudolf Von Ihering, mas sob fundamento diverso, talvez o mais importante autor a enfrentar a temática da função social tenha sido León Duguit. Diversas obras que se consulte sobre a temática da função, ali estará ao menos alguma

---

<sup>340</sup> IHERING. Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Tradução da versão original em Alemão *Der zweck im recht*. por Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. p.352.

<sup>341</sup> Lembrando que Ihering faleceu em 17 de setembro de 1892, e as primeiras constituições a tratar da temática da função social são de 1917 (Mexicana) e 1919 (Weimar).

referência a León Duguit.<sup>342</sup> Pautado no positivismo de Augusto Comte, a teoria do autor se funda na fuga do individualismo<sup>343</sup>, a partir da afirmação da solidariedade social<sup>344</sup> como fonte de compreensão e respeito do Direito e do Estado<sup>345</sup>. Ignora qualquer dimensão axiológica ao Direito, o que é próprio do positivismo científico.<sup>346</sup>

Objetivando a função social em León Duguit, trata-se de que as pessoas, no grupo em que vivem, têm funções sociais entre as quais estão a liberdade e a propriedade, motivo pelo qual fala em "propriedade-função".

Uma vez considerados os "clássicos" da função social, analise-se a influência de seus pensamentos nas Constituições que inauguraram tal disposição. As primeiras

---

<sup>342</sup> Vide, por todos, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.166. Analise, também, GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.397-466. p.402.

<sup>343</sup> Para León Duguit: "A doutrina individualista conduz assim a noção de um direito ideal, absoluto, que seria o mesmo em todos os tempos e em todos os países, e de que os homens se aproximam cada vez mais, apesar de certos momentos de parcial regressão. Esta consequência condena ainda a doutrina individualista, porque a noção de um direito ideal e absoluto é anti-científica. O direito é um produto da evolução humana, um fenômeno social, de ordem diferente, sem dúvida, da dos fenômenos físicos, mas que, como eles, não se aproxima de um ideal, - de um absoluto. Pode-se muito bem dizer que o direito de um determinado povo é superior ao de um outro, mas isso não passa de uma comparação muito relativa; ela implica, não que o jurídico absoluto, mas simplesmente que o direito de um, em dado momento, se adapta melhor às necessidades e às tendências desse povo do que o direito do outro." (DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris, 2005. p.16).

<sup>344</sup> Essa solidariedade, no dizer de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, muito se aproxima da solidariedade orgânica de Émile Durkheim, que se resume à interdependência social que decorre da divisão do trabalho. Em sentido diverso, há a solidariedade mecânica, que "consistiria em vínculos pautados na similitude, de modo que 'as tendências comuns a todos os membros da sociedade superem em número e intensidade as que pertencem pessoalmente a cada um deles'." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p.168).

<sup>345</sup> Novamente, as palavras de León Duguit: "Portanto, há e houve sempre grupos sociais, e os homens que fazem parte desses grupos têm ao mesmo tempo consciência da sua individualidade própria e dos laços que os unem aos outros homens. Quais são esses laços? Designam-se com uma expressão de que atualmente se abusa, mas que permanece, apesar do descrédito que os políticos lançaram sobre ela, a mais exata e a mais cômoda. O homem, diremos nós, está ligada aos outros homens pelos laços da *solidariedade social*. Para evitar a palavra solidariedade, pode-se dizer *interdependência social*." (DUGUIT, León. *Op. cit.*, p.20).

<sup>346</sup> Para uma mais completa análise da função social e do direito subjetivo em León Duguit, vide: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p.166 a 175.

Constituições a incorporar o instituto foram a do México (1917) e a Alemã (Constituição Weimar, de 1919).<sup>347</sup>

No Brasil, a Constituição de 1934 tratou, em seu art. 113<sup>348</sup>, da garantia do direito de propriedade, mas que não poderia ser exercido contra o interesse social. A Carta de 1937, no art. 122<sup>349</sup>, não era expressa em nenhum sentido, mas remetia à legislação ordinária a questão do interesse social. Já o texto constitucional de 1946, em seu art. 147<sup>350</sup>, condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social. Não havia, em nenhuma das três, a exata descrição de "função social", mas já se verifica o embrião do assunto.

A Constituição Federal de 1967 foi a primeira a cuidar do assunto sob a rubrica de "função social da propriedade", no art. 157, III.<sup>351</sup> A Emenda Constitucional de 1969 à Magna Carta de 1967, que em verdade acabou por ser uma "nova Constituição" – inclusive mencionando: "Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967." –, ante a quantidade de dispositivos modificados, bem como a total mutação

<sup>347</sup> MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil-constitucional: desapropriação de imóveis não funcionais**. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2013. p.50-53.

<sup>348</sup> O inteiro teor: "Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ...17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior." Confira em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

<sup>349</sup> "Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ...14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício" O inteiro teor da CF 1937: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

<sup>350</sup> Os exatos termos do art. 147 da CF 1946: "Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos." (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 15/06/2014).

<sup>351</sup> "Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: ... III - função social da propriedade;" Vide: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

de sua proposta de regulação do Estado, tratou da temática no art. 160, III<sup>352</sup>, mantendo a função social como finalidade de ordem econômica.

Interessante notar, nesse contexto, que as Constituições mais antigas (1934 e 1937) situavam o tema no Capítulo "Dos Direitos e das Garantias Individuais", enquanto as posteriores (1946, 1967, 1969 e 1988) cuidam do assunto no Capítulo da "Ordem Econômica". O dado mostra, uma vez mais, o individualismo que primava nas primeiras cartas, ao tratar da propriedade, *desfuncionalizada*, como garantia individual, e portanto, absoluta.

A Constituição de 1988 promove alteração no formato das anteriores ao prever uma perspectiva de direito de propriedade e sua função social "geral" (art. 5.º XXII-XXIII<sup>353</sup> e art. 170, II e III<sup>354</sup>) e outras duas "específicas", ou seja, a urbana (art. 182, § 2.º<sup>355</sup>) e a rural (art. 184 e 186<sup>356</sup>)

---

<sup>352</sup> "Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: ... III - função social da propriedade;" O texto está em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

<sup>353</sup> "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;" Veja: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15/06/2014.

<sup>354</sup> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... II - propriedade privada; III - função social da propriedade;"

<sup>355</sup> Propriedade Urbana e sua Função Social: "Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. ... § 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

<sup>356</sup> "Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei."  
"Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:  
I - aproveitamento racional e adequado;  
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;  
III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;  
IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1946, já afirmava a necessidade de um tratamento social à propriedade, ao mencionar que o individualismo puro era "inaceitável", na medida em que o indivíduo é função de forças sociais e o que a sociedade "deposita" nele basta para defini-lo. Aludindo, ainda, ao conteúdo de "bem estar social", afirmava que "é conceito bem mais vasto que vizinhança, ou proximidade", devendo servir de pauta à "obra legislativa".<sup>357</sup>

O autor, agora em análise da Carta de 1967, reitera sua ideia de "bem-estar social" como base para o uso da propriedade, mas acresce a perspectiva de que se esse direito (de propriedade) for exercido fora do bem-estar social, deverá ser "desaprovado".<sup>358</sup>

Caio Mário da Silva Pereira, já em análise da Constituição de 1988, valorizando a proposta de funcionalização da propriedade, comenta: "Conquista definitiva, sobrevive neste milênio, e mais aperfeiçoado ingressará no próximo, se acreditar no aperfeiçoamento humano, e no atendimento às exigências crescentes."<sup>359</sup>

O individualismo proprietário configurado como a absoluta relação da pessoa com a coisa, que coloca "o outro" à margem de qualquer consideração é dogma superado em face do contexto de funcionalização. A propriedade deve atender a uma função, e essa função, nos dias atuais, é a que permita favorecer as esferas de vida concreta no contexto social.

Sua compreensão está para além do mero papel de limitadora dos poderes proprietários como outrora, mas, ao contrário, é contributo que tem por finalidade tornar o uso do bem coerente e em favor de toda a coletividade, assim como do próprio dono e dos "não proprietários". A função social da propriedade (e do contrato) merece melhor depuração e aplicação prática na atualidade, como se verá, inclusive na perspectiva de liberdade e acesso.

A doutrina tradicional – em que pese o respeito a todos os autores, suas ideias e opiniões – traz a lição de que o instituto serve de limite à livre utilização dos

---

<sup>357</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentário à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo IV. p.495-501.

<sup>358</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo VI. p.47.

<sup>359</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.73.

bens, mormente imóveis, em face dos interesses coletivos. Conceituam, ainda, como poder coletivo ou obrigação de fazer ou não fazer do proprietário<sup>360</sup>.

Veja, por todos, o entendimento de Miguel Reale:

O problema da propriedade foi objeto de uma apreciação muito cuidadosa por parte da comissão, toda ela compenetrada da fundamental importância do direito de propriedade como um dos direitos básicos da sociedade em que vivemos. Mesmo numa estrutura jurídica em que prevaleçam os interesses sociais, nem por isso deve ou pode desaparecer o direito de propriedade, porque de outra maneira cairíamos na estatização ou no coletivismo – e não é isso que queremos para a evolução social do Brasil. O que nós podemos estabelecer é, ao contrário, um equilíbrio entre o direito de propriedade, de um lado, e os deveres que o proprietário tem para com o todo social, de outro lado. A propriedade é como Janus bifronte: tem uma face voltada para o indivíduo e uma face voltada para a sociedade. O importante foi encontrar a linha de conciliação entre essas duas diretrizes. A Constituição brasileira desde 1946, ou, por melhor dizer, desde 1934, já vem proclamando que preserva o direito de propriedade e estabelece a sua função social. Ora, entendemos que, fazendo uma reforma do Código, tinha chegado o momento de estabelecer qual é esta função social da propriedade. Esta função social se realiza sob dois ângulos: em primeiro lugar no sentido de certas proibições, de certas vedações para que o uso da propriedade não se converta em abuso, em detrimento dos interesses coletivos, como, por exemplo, no caso da poluição da água, do ar e mesmo da paisagem. O Código Civil também não entra em minúcias sobre este ponto, mas estabelece uma norma aberta que permitirá ao legislador, inclusive local ou do município, estabelecer normas complementares protetoras; dessa maneira a função da propriedade é individual e social; como, aliás, Teixeira de Freitas já o afirmava, isto no século passado, com uma visão social muito superior à dos juristas que vieram depois.<sup>361</sup> (grifo nosso)

O ponto de tensão, parece, encontra-se na não consideração específica das situações de acesso aos bens pelos denominados "não proprietários".<sup>362</sup> O Direito volta-se, pela constitucionalização, para recuperar aos excluídos o sentido do viver social, protegendo também os não proprietários, ao minimizar a autonomia e liberdade

---

<sup>360</sup> Veja, por exemplo, Sérgio de Andréa Ferreira: "A função social da propriedade leva, especificamente, a que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum." (FERREIRA, Sérgio de Andréa. **O direito de propriedade e as limitações a ingerências administrativas**. São Paulo Revista dos Tribunais, 1980. p.8).

<sup>361</sup> REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p.154-155.

<sup>362</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.153-154.

absoluta na exploração das titularidades, mormente em face do avanço da sociedade que superou o período liberal.<sup>363</sup>

Em sentido contrário à ideia muitas vezes exposta pela doutrina de que o conceito de função social é abstrato e indeterminado<sup>364</sup>, faz-se necessário compreender a concretude da situação fática para oportunizar a adequação do instituto à realidade, desviando-se da simples qualificação como (unicamente) restrição.

Sobre a temática, indispensável a reflexão de Gustavo Tepedino:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.<sup>365</sup>

No caminho proposto na lição retro, de efetivar a função social concretamente, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk entende como adequado analisar (e superar) o que trata como uma provável "crise da função social".

Para o autor, a crise pode ser cogitada em quatro aspectos: "a) crise ideológica; b) crise de efetividade; c) crise do Estado do Bem-Estar Social; d) crise de fundamentação."<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.141.

<sup>364</sup> GOMES, Orlando. A função social da propriedade. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. v.2. p.423-437.

<sup>365</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.280.

<sup>366</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.190.



No primeiro aspecto, após ressaltar que a crise ideológica se funda, basicamente, nas divergências entre pensamentos que buscaram justificá-la, ou seja, ideias socialistas, liberais e neoliberais, conclui que não é suficiente negar pertinência a uma dimensão funcional social no Direito Civil. Alude a que a crise ideológica mais tem a ver com "pretensões coletivistas mais próximas ou de um socialismo do início do século XX ou do positivismo oitocentista que Duguit insistiu em levar adiante no século seguinte"<sup>367</sup>.

O segundo, ligado a déficit de eficácia do propósito funcional, fica entendido que não é, igualmente, apta para "anular a relevância de um sentido teleológico a ser atribuído à propriedade, ao contrato ou à família, como aptos à produção de prestações de caráter funcional – prestações que não precisam, necessariamente, destinar-se apenas a um sentido 'coletivo'".<sup>368</sup>

No que tange ao terceiro argumento, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, da mesma maneira, entende que a crise do Estado do Bem-Estar Social não é adequada a fragilizar a função social, especialmente considerando o Brasil, uma vez que o referido Estado-providência havido na Europa é muito mais distribuidor de "bem-estar" do que na América Latina. O autor explica que a crítica nasceu, basicamente, das ideias de autores italianos como Vincenzo Ernesto Cantalmo, Marco Compoti e Francesco Galgano, que, diante de uma hipertrofia do sistema, seria indicada a fixação de um "conteúdo mínimo" do direito de propriedade.<sup>369</sup>

O quarto e último argumento se prende à crise de fundamentação. Esse dado, considerando-se a dificuldade em se definir o conteúdo de "função social", bem como identificar os destinatários dessa prestação funcional, torna-se, de fato, um problema a ser considerado. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a partir dessa efetiva crise de fundamento da função social, edifica tese que justifica a permanência da função no Direito Civil, para além da ideia de "bem comum" e "interesse coletivo".

---

<sup>367</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.191-193.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p.193-194.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p.194-196.

Veja-se, *ipsis literis*, a reflexão que fez nascer o questionamento:

Se a crise de fundamento se restringisse ao debate sobre função-limite e função-prestação, as questões teóricas a seu respeito talvez pudessem ser superadas com menores dificuldades.

Ocorre que essa crise reside em aspectos de maior gravidade, que radicam tanto na dificuldade de definir seu conteúdo quanto, sobretudo, de identificar os destinatários dessa prestação funcional. As referências genéricas e tautológicas ao "bem comum", ao "interesse coletivo" – e à sua prevalência frente ao indivíduo – não dão conta de superar essa crise, residindo, antes, entre suas causas. Essas referências, porém, como visto, foram prevalentes no discurso a respeito da função social no século passado.

De modo mais amplo, pensar na dimensão funcional do Direito Civil apenas em termos de função social pode se mostrar insuficiente: admitir uma dimensão funcional diversa pode auxiliar na reflexão acerca da fundamentação contemporânea do Direito Civil, contribuindo, inclusive, para um repensar da própria função social.

O que se apresenta na hipótese do presente trabalho é precisamente uma reflexão crítica que pretende apontar para a viabilidade de se pensar em uma outra fundamentação para a função no Direito Civil, que não descarte a função social, mas que possa se colocar seja ao seu lado, seja, até mesmo, com ela se entrelaçando (a ponto de também servir para uma fundamentação, ainda que parcial, da própria função social).

Um ponto de partida para essa outra dimensão funcional pode ser uma reflexão que rechace a dicotomia mecanicista entre indivíduo e sociedade, sem, todavia, afirmar uma prevalência a priori de qualquer um deles.

É aqui que se identifica a relevância da problematização sobre a relação entre indivíduo e sociedade a que se fez referência na introdução desta seção: trata-se de reconhecer o indivíduo que se (auto) constitui socialmente, na rede de intersubjetividade que compõe a sociedade – e que, portanto, não pode ser pensado como indivíduo abstrato e atomizado.

Um marco teórico para essa compreensão pode ser a obra "A sociedade dos Indivíduos" de Norbert Elias. Cabe retomar as linhas gerais da compreensão de Elias a respeito da relação entre indivíduo e sociedade, como ferramenta relevante para a construção da relação entre liberdade e função a que esta tese se propõe.<sup>370</sup> (grifo nosso)

O resultado a que chega o autor paranaense, após construção inovadora de fôlego, é no sentido de que a fundamentação funcional do Direito Civil (quer no tocante às titularidades, quer ao trânsito jurídico, quer ao projeto parental) está em um conceito plural de liberdade. É o que denomina "função como liberdade(s)" no Direito Civil Contemporâneo.

Muitos são os exemplos de decisões judiciais que têm concretizado o princípio da função social da propriedade a partir da preferência em prestigiar a pessoa em

---

<sup>370</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.197-198.

detrimento do patrimônio.<sup>371</sup> Não obstante, faz-se necessário, para bem fundamentar os argumentos, aprofundar o estudo do conteúdo do instituto, com vistas a conhecer-se a possibilidade (ou não) de incidir unicamente sobre o propósito coletivo, ou se é passível de ser utilizado na proteção da individualidade.

Na perspectiva da presente tese, a funcionalização, tanto da propriedade como do contrato, servirá de importante fundamento a justificar ao contratante de boa-fé – ainda não proprietário pelo sistema abstrato, individualista e codificado – o acesso à titularidade sobre "seu bem da vida", ainda que não tenha conseguido atender à formalidade documental do registro.

O sentido funcional eleito como base para a justificação deste escrito – em superação ao estrutural – orienta no sentido de que será o caso concreto a indicar os caminhos específicos para o preenchimento do conteúdo da função social pelo pretendente a dono. Redimensiona-se, portanto, a partir da concretude, a titularidade proprietária. Na lição de Eroulths Cortiano Junior: "A visão da função social da propriedade passa pelo redimensionamento mesmo do direito de propriedade, e não como mais um limite apostado aos poderes proprietários."<sup>372</sup>

O sentido de se afirmar que o Direito Civil-Constitucional é prospectivo, reside no fato de que a pessoa deve preceder ao patrimônio. A propriedade sai do individualismo e ingressa como fenômeno social. Não se deve confundir, aqui, o social com o coletivo, típico das conceituações tradicionais da função social.

A problemática a ser desvendada, então, reside na suficiência (ou não) da função social como fundamento apto a justificar a proteção da pessoa individualmente considerada, para além da ideia de "bem comum" ou "interesse coletivo". Isso porque o Direito Civil deve servir para realizar as necessidades concretas da pessoa.<sup>373</sup>

---

<sup>371</sup> Exemplos podem ser vistos nas decisões comentadas em: RT 723/1996, p. 203-223; TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **Questões agrárias**: julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002.

<sup>372</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.142.

<sup>373</sup> Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: "Faz-se necessário, assim, levar a efeito reflexão que dê conta dos novos paradigmas que se apresentam na contemporaneidade a exigir um repensar dos fundamentos funcionais do Direito Civil, que propicie cogitar de uma dimensão funcional mais substancial e plural, afastando-a de um coletivismo abstrato e indo além de referências genéricas a pretensões unitárias de um "bem comum", para centrá-la na concretude

## 1.2 A FUNÇÃO COMO LIBERDADE NA ESFERA PROPRIETÁRIA

Após uma visão dos caminhos trilhados pelo Direito Civil para transitar do individualismo proprietário para uma perspectiva funcional, bem como da dificuldade que existe em explicar o exato conteúdo dessa mesma ideia de função, até porque são múltiplos os significados do termo. Isso permite dizer, até mesmo, que o Direito sempre teve em seu contexto uma proposta de função, ainda que no direito "não funcionalizado" do século XIX e início do século XX.

A função que se quer trabalhar neste momento é a que possa elevar o Direito Civil à condição de realizador de liberdades verdadeiras, e não de mitos abstratos de liberdade.

Se bem percebido tudo o que até aqui se tratou, sequer o Código Civil de 2002, supostamente concebido da energia constitucional, foi suficiente para conduzir adequadamente a aplicação do instituto. E isso tem um motivo lógico, qual seja, a ideia de função está para muito além de qualquer limitação, de compromisso, de totalização coletiva ou de individualismos.

O grande problema em compreender-se a acepção do termo função social parece estar vinculado ao fato que o intérprete de hoje não consegue se desvencilhar dos métodos oriundos de um Direito estrutural, abstrato, individualista – tanto no contrato como na propriedade – e guiado pelo patrimônio como finalidade maior.

Com efeito, ao visualizar a função de um instituto do Direito, especialmente a partir da abertura típica de sua nova apresentação constitucional, o jurista não consegue encontrar a exata ligação do caso concreto (fato) a uma premissa hipotética, rigidamente descrita na lei. Em outras palavras, a tentativa de fundamentar qualquer contexto, sob o argumento da função, a partir do legalismo e da verticalidade da subsunção clássica, será impossível.

---

das relações de inter-subjetividade. Esses novos paradigmas, que emergem da necessária reconfiguração do direito privado não se esgotam, é certo, em uma perspectiva funcional. Esta, todavia, se apresenta como ponto essencial de análise para definir o sentido teleológico da mudança que se impõe, de modo a permitir que o viés emancipatório conquistado a partir da crítica ao Direito Civil moderno não se deixe perder em meio aos discursos que preconizam um retorno aos modelos pretéritos, que rechaçam a funcionalização." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.5).

Esse é o motivo pelo qual, por muito tempo, se viu – equivocadamente – a função social da propriedade unicamente como um limitador da liberdade do dono em fazer proveito dos poderes que tem em relação a seu bem (imóvel ou móvel). Não é por tal via que se efetiva o propósito constitucional da aludida função.

Por função social não se deve concluir que os bens passam da liberdade do uso do particular, do proprietário, para uma esfera de fiscalização e poder do Estado em decidir seus destinos. Da mesma maneira, descabido imaginar que se refira a uma promessa constitucional de realizações plenas e distribuição farta da propriedade a todos.

O que se pretende concretizar com o fundamento da função social é a ideia de "liberdade(s)", em um sentido múltiplo e plural, que não se dirige a um todo orgânico, nem a abstrações totalizantes e, tampouco, abstrações individualistas, típicas do século XIX e XX.<sup>374</sup>

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, explica que para chegar-se a esse entendimento, é necessário reconhecer que:

O que se está aqui a qualificar como sustentável é o reconhecimento de que: a) uma dimensão funcional ressignificada ainda faz sentido no Direito Civil contemporâneo; b) essa dimensão funcional não se confunde com o funcionalismo novecentista; c) ela recolhe conceitos aparentemente pretéritos – notadamente a liberdade e os pilares da propriedade, família e contrato – mas permite compreender as mudanças de seu significado e, sobretudo, propicia a identificação de uma mudança dos seus fundamentos; d) a dialética a que está vinculada admite a conservação de parte do que ela acaba por negar, mas, ao mesmo tempo, preconiza a transformação qualitativa que, sem embargo, não se pretende um "momento final", pois sua abertura ao que é móvel, dúctil e dinâmico está precisamente no reiterado incremento de liberdade(s); e) há base normativa de caráter constitucional a apreender essa nova dimensão funcional centrada nas liberdade(s).

Essa última conclusão, de modo especial, parece ser viável seja pela constatação objetiva da manutenção no Direito brasileiro da categoria *função social* (e, sobretudo no que tange à propriedade, como garantia constitucional jusfundamental), seja pelo fato de que, ao menos *prima facie*, as razões ideológicas, aquelas pertinentes a um suposto déficit de efetividade, ou que decorrem de uma mudança no modelo de Estado ou, ainda, de um déficit de fundamentação, parecem superáveis, como se pretendeu cogitar na última seção do título II.<sup>375</sup>

---

<sup>374</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.207-208.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p.208.

A base para compreender-se a função como liberdade está em reconhecer que entre as funções dos institutos básicos do Direito Civil estão o exercício e a promoção da liberdade que o autor, a partir de Carlos Fernandes Sessarego<sup>376</sup>, trata como "liberdade coexistencial", "sob pena de se cair na abstração do individualismo."<sup>377</sup>

A coexistencialidade pode ser vista como a necessidade de integração em face da convivência de pessoas, mas que não necessariamente tem por função considerar a totalidade do grupo, sendo possível, na perspectiva do caso concreto, distinguir-se o individual em relação ao coletivo.

Não significa sempre proteger o indivíduo, mas, na mesma toada, não se vai, abstratamente, preferir o coletivo. A complexidade da vida, a pluralidade das formas de visão sobre o mundo e a diversidade recomendam a fuga da linearidade de decisões, a partir de contextos predeterminado e abstratos.

A liberdade também não é conceito unitário, devendo ser compreendida de maneira plural e integrada por diversos perfis: liberdade como efetividade, como abstração; liberdade negativa, positiva; que em alguns momentos convergem e em outros se distanciam.<sup>378</sup> É essa liberdade plural que se quer colocar como função do Direito Civil, na esfera das titularidades, do contrato e da família.

O autor indica que:

o norte enunciado significa que tanto o contrato como a propriedade e a família têm prestações a realizar em termos de liberdade em favor indivíduos e de grupos de indivíduos, ampliando o espaço das escolhas, dos incrementando opções de vida e ofertando possibilidades concretas de exercício efetivo dessas escolhas.<sup>379</sup>

Isso conduz ao entendimento de que referidas prestações não são apenas as que se realizam em favor do coletivo, mas, da mesma maneira, podem ser realizadas em favor de uma pessoa concreta, na medida em que essa prestação de liberdade é

---

<sup>376</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. Trujillo: Normas Legales, 1995. p.84.

<sup>377</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.212 e nota de rodapé.

<sup>378</sup> *Id.*

<sup>379</sup> *Ibid.*, p.213.

plural. A normatividade pode ser construída a partir das opções livres de vida, dos modos de viver, que não se esgotam no gosto coletivo. Daí falar-se em liberdade substancial ou liberdade como efetividade.<sup>380</sup>

Não se olvide, no entanto, que dados como a liberdade, os modos de vida e as vontades das pessoas, apuradas individualmente ou em grupo, comumente propiciam conflitos. Esses conflitos, no direito dos noventa e no direito codificado atual, sempre foram solucionados pela técnica da subsunção. Tanto é verdade que na responsabilidade civil, por exemplo, até mesmo as causas de não responsabilização estão rigidamente definidas na lei (v.g. art. 188 do Código Civil).

Como já se mencionou, faz-se absolutamente indispensável que o intérprete se desvincule da tipicidade clássica e fechada do Direito anterior, ousando agir para fora da "segurança" que o silogismo proporciona. Sair desse ambiente de conforto – até porque foi a única forma de vivenciar o jurídico por mais de um século – é um desafio, que exige a disposição para enfrentar o novo, com espírito aberto e livre dos dogmas do passado.

Nessa linha de ideias, retomando-se a construção dos fundamentos para a possível afirmação de uma função como liberdade, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk supera as teorias "pós-positivistas construídas pelo direito constitucional"<sup>381</sup> como suficientes à solução dessas possíveis colisões entre os perfis de liberdade. Após enfrentar e pôr à prova a técnica da ponderação, a partir de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, chega à conclusão que são sobremaneira úteis ao

---

<sup>380</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.214.

<sup>381</sup> Veja a exata conclusão do autor: "De tudo o que se expôs neste tópico, pode-se perceber que as teorias pós-positivistas construídas pelo direito constitucional podem trazer interessantes subsídios para reflexão sobre o método, mas nenhuma dá conta de oferecer uma solução que seja efetivamente compatível com o perfil contemporâneo da relação entre Constituição e relações interpretadas, como demandado pela doutrina civilista. Não se pode deixar de notar, ainda, que tais doutrinas criticam o positivismo (como o de Hart e Kelsen) pelas suas possibilidades decisionistas, mas algumas delas estão aprisionadas a um normativismo legalista de tal grau, que, não raro, não compreende espaços de abertura para a 'força normativa dos fatos' que se situe fora dos *inputs* legislativos. Não deixa de ser um constitucionalismo que, em certa medida, também seria merecedor de crítica equivalente à formulada por Paolo Grossi a respeito do denominado 'absolutismo jurídico', ainda que situada em um paradigma diverso." (*Ibid.*, p.239).

desiderato, mas não completam a perspectiva que se quer atribuir como fundamento ao assunto.<sup>382</sup>

Não há identidade absoluta entre "função social" e "função como liberdade", mas é possível que esta seja fundamento daquela, ou seja, dentro do contexto de função social, poderá haver função como liberdade que a fundamente para determinada finalidade.

A perspectiva em estudo não deseja limitar a função social apenas à coletividade, devendo ser considerado o indivíduo, mas igualmente não quer favorecer a pessoa em relação ao grupo. A ideia é, a partir do caso concreto, visualizar-se quem tem a melhor condição de acesso à liberdade substancial, que se configura na liberdade como efetividade.

Acerca da função como liberdade individual de alcançar algum pertencimento, afirma Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Sem desconsiderar que há um sentido coletivo que não deve ser eliminado da função social, pode também dela emergir uma valorização do exercício concreto do pertencimento individual sobre algo, seja pelo proprietário, seja por um não proprietário que, mediante contrato, direito real limitado ou, mesmo, por um possuidor cuja posse não tenha advindo de qualquer dos títulos anteriormente mencionados.

Se a doutrina contemporânea não nega que essa função social contém elementos pertinentes também ao bem-estar daqueles que estão por algum motivo ligados diretamente ao bem, pode ser possível encontrar na liberdade um fundamento para essa concepção, que ampliaria sua relevância para além de uma leitura utilitarista da produtividade (no caso da propriedade rural) ou das meras limitações de direito urbanístico, por exemplo.<sup>383</sup>

A referência faculta defender que a partir de todas as significações históricas de função social como "proteção de um coletivo abstrato" (por exemplo: a proteção ambiental), é possível compreender que a qualificação de "social" deva também se referir a "comunidades concretamente definidas" ou a "pessoas individualizadas", na medida em que careçam de acesso a bens fundamentais constitucionalmente garantidos.<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.222-241.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p.244.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p.245.



Ora, se o entendimento sobre o conteúdo de função social está na proteção da sociedade em face dos "abusos de proprietários", não há motivos para impedir que a sua razão também esteja na defesa de pessoas específicas. O social, repita-se, tem sentido de grupo de pessoas, podendo ser um interesse coletivo deste conjunto, ou a necessidade de uma só pessoa componente do agrupamento "social".

No que pertine à propriedade (função social da propriedade), já se assentaram no Direito brasileiro importantes opiniões no sentido de que é uma dentre outras formas de pertencimento, como é o caso da posse.<sup>385</sup>

A posse é a demonstração mais perene da efetividade, pois exige, para sua configuração e possibilidade de pretensão de acesso ao bem, uma íntima ligação da pessoa com a coisa, muito mais sensível do que a abstração da propriedade, que precisa nascer, na maioria dos casos, de um título. A posse, como ensina Luiz Edson Fachin, se liga às necessidades do ser humano<sup>386</sup>, na medida em que – independentemente da polêmica sobre o *animus* ou o *corpus* – satisfaz, por exemplo, o direito à moradia.

Como elemento "construtor" da propriedade, para além das formas tradicionais (usucapião, por exemplo), a posse merecerá destacado enfoque adiante<sup>387</sup>, mas, com vistas a fazer-se compreender o intuito da função como liberdade, é preciso que se perceba a relevância da concretização e efetivação de direitos que a posse tem o condão de assegurar. É a justificativa de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, quando afirma que:

---

<sup>385</sup> Em que pese a posse não seja direito real – por isso, para inseri-la, o Código Civil tratou a temática geral como "Direito das Coisas" – é uma Titularidade que tem grande valor e deve obedecer a uma função social. Para essa reflexão, as melhores referências são: FACHIN, Luiz Edson. **Função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: SAFE, 1988; GIL, Antonio Hernández. **La función social de la posesión**: ensayo de teorización sociológico-jurídica. Alianza: Madrid, 1969; SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica (prefácio). In: RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil português. 4.ed. rev. anot. Coimbra: Almedina, 1996; DOMANSKI, Marcelo. **Posse**: da segurança jurídica à questão social: na perspectiva dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através de embargos de terceiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>386</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p.20-21.

<sup>387</sup> Já o foi, sob a perspectiva clássica, na Primeira Parte, item 2.4. Adiante será analisada sob o prisma da força que representa à aquisição da propriedade imóvel, no item 5.2.1, desta Segunda Parte do trabalho.

A posse ocupa lugar privilegiado nessa intersecção entre função social e função como liberdade(s). Isso se deve ao fato de que, se a propriedade como direito subjetivo em na abstração sua característica mais marcante na Modernidade, a posse está situada na seara da efetividade.<sup>388</sup>

O autor coloca a posse como um dos referenciais que permite fixar a função como liberdade no interior do conteúdo da função social, fundamentando-a. Referida possibilidade existe, por se tratar da mais marcante expressão de liberdade, consubstanciada na imediata ligação da pessoa com a coisa, independentemente de qualquer fator ou título anterior, como na propriedade e nos demais direitos reais, que necessitam de um "título" e um "modo" para existir.

O juiz, na apreciação do argumento possessório, terá variadas possibilidades de aferição de sua qualidade como apta a conduzir à propriedade, como no exemplo da posse-trabalho para usucapião constitucional (art. 191 da CF), as construções como prova da mansidão e pacificidade da posse "ad usucapionem", entre outros. Não são análises abstratas e figuradas, mas, sim, concretas, acerca da função social no contexto da liberdade.

Tudo isso é revelador, nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, de que o acesso a bens é um corolário da dimensão funcional centrada na liberdade.<sup>389</sup> Este dado é um dos elementos justificadores da tese que ora se expõe a público.

Em rápidas palavras, pois ainda muito pende de explicação e fundamento, o contrato de boa-fé, aliado à posse, ainda que indireta, tem na função social como liberdade um *locus* de garantia de acesso à propriedade imóvel, mesmo sem registro.

A pretensão totalizante da exigência do registro como constitutivo da propriedade (art. 1245 do Código Civil) a partir de um contrato de transmissão, sucumbe, portanto, diante da função social (como liberdade) que faculta o acesso da pessoa individualizada à titularidade da coisa, quando demonstrada a especificidade do fato libertário que fundamentará a apropriação sobre o imóvel.

---

<sup>388</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.245.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p.249.

Trata-se da proteção que a função social deve conceber ao "não proprietário", para além do formalismo e da pretensão totalizante da lei, que justificou a individualismo proprietário sob o adágio do "somente é dono quem registra".

A função como liberdade está baseada, lembre-se, na axiologia constitucional sobre o valor da pessoa humana, que Luiz Edson Fachin<sup>390</sup> orienta a partir da coexistencialidade, ou seja, a recíproca responsabilidade das pessoas umas em relação às outras, pela proteção de suas dignidades. É a perspectiva da alteridade, que envolve o conceito de função, na medida em que se supera o atomismo individualista sem a necessidade de recorrer-se a abstrações coletivistas.<sup>391</sup>

O acesso aos bens e aos meios de subsistência realizam o sentido de ampliação das capacidades e, por isso, geram "liberdade positiva", que é a possibilidade de se viver a liberdade, no reconhecimento do Direito a partir dos "modos de vida" da realidade. Isso tudo complementa o conteúdo de função social como liberdade.

O autor ainda adverte para a necessidade de diferenciar-se "a propriedade como função social" e "a propriedade dotada de função social". Em poucas palavras, a primeira pretende ofertar ampliação das capacidades das pessoas (em grupo ou individualmente) em acessar os bens e os direitos de maneira concreta; na segunda hipótese, o desejo é que a propriedade atenda a uma função que, no mais das vezes, é coletiva, e pode se configurar até mesmo no condicionamento (gerando alguma limitação) do exercício proprietário.<sup>392</sup>

Visando solidificar a compreensão, não é demais repisar – ainda que sob outro vértice – o novo propósito da função social, como liberdade(s), no exato intuito de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A função é, no sentido que a ela se atribui neste trabalho, a prestação esperada que se dirige à pessoa concreta, no âmbito de suas relações intersubjetivas: trata-se essa função-prestação de ampliação, exercício ou

---

<sup>390</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.45-46.

<sup>391</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.250.

<sup>392</sup> *Ibid.*, p.252-262.

proteção de liberdade(s) não se dirige, pois, como visto, à totalidade de um social concebido como abstração. O indivíduo não é um "funcionário" da sociedade, mas a integra de modo indissociável, sendo por ela constituído, mas, simultaneamente, nela se autoconstituindo.<sup>393</sup>

É a função social da propriedade, tal como definida na Constituição, um conjunto de possibilidades muito maiores à intersecção com a função como liberdade(s), do que com o conceito de propriedade a partir de poderes de uso, gozo e disposição (típico da compreensão Moderna sobre a dicotomia público x privado) descrito no art. 1228 e seus parágrafos.<sup>394</sup>

Por fazer parte da "estrutura interna do direito de propriedade", como ensina José Afonso da Silva, "a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade."<sup>395</sup> A referência a esse clássico e importante constitucionalista se faz, como tentativa de demonstrar que até nos pensamentos mais fundantes, no Brasil, do conteúdo da função social da propriedade, já se excluía a ideia única de limitação de uso pelo dono. Possível entender, da segunda parte do texto citado, que a função social da propriedade é possível de ser considerada como acesso aos bens, uma vez que, entendida como liberdade, poderá propiciar a alteração do titular da propriedade, pela modificação da estrutura do direito de aquisição dessa mesma propriedade.

Adendo a ser apontado na afirmação de José Afonso da Silva, a partir do contexto contemporâneo de liberdade(s) é, naturalmente, a necessidade de ampliação do significante "propriedade" para um significado "titularidades", na medida em que a função social, como exaustivamente visto, também abrange outras formas de pertencimento, como a posse.

A concretude da vida é o fundamento da função social na esfera proprietária. Assim, a aplicação do conteúdo funcional necessita dialogar com a "dinâmica da

---

<sup>393</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.255.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p.268.

<sup>395</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.273.

sociedade que tem a apresentar múltiplas contribuições"<sup>396</sup> ao entendimento do que seja, e de como se venha a constituir, o direito de propriedade.

Para além de fórmulas ou estruturas "pré-fabricadas", o intérprete somente alcançará êxito na aplicação da função social a uma situação de fato, na medida em que se permita promover o diálogo entre a realidade e os princípios e as promessas constitucionais.

A propriedade funcionalizada é a que promove liberdade de acesso também aos não proprietários, muito mais do que simplesmente limitar direitos em proteção da coletividade. Faça-se, por fim, à afirmação de Fernanda Lousada Cardoso: "Neste sentido, é a função social dever fundamental, previsto na norma constitucional, fundado que é na soberania do Estado, mas de um Estado assente na primazia da dignidade da pessoa humana."<sup>397</sup>

### 1.3 DISTINÇÕES ENTRE PROPRIEDADE E DOMÍNIO PARA UMA MELHOR COMPREENSÃO DA FUNCIONALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

A etimologia das palavras propriedade e domínio sempre despertou o interesse dos juristas no que se refere às suas aproximações e diferenças. A maioria trata os institutos de forma semelhante, mas autorizada doutrina tem apontado distinções interessantes entre os assuntos.

Miguel Maria Serpa Lopes, por exemplo, ensina que: "Há divergências, senão em relação à etimologia de cada uma dessas palavras – domínio e propriedade – pelo menos no tocante à sua significação jurídica." Prossegue, em resumo, explicando que a palavra propriedade se refere ao próprio termo, ou seja, a coisa é própria no sentido de somente ao proprietário caber a utilização dos seus serviços. Menciona que

---

<sup>396</sup> RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986. p.218-220.

<sup>397</sup> CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?**: análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.45.

a palavra *propriedade* vem do latim *proprietas*, derivada de *proprius*, significando o que pertence a uma pessoa. Informa que esta palavra, para alguns (como C. Tobeñas) deriva de *domare*, significando sujeitar ou dominar, ideia que corresponde a *domus*, casa, em que o senhor da casa se trata por *dominus*. Por isso, *domínio* significa superioridade, dominação, poder sobre as coisas que a este respeito estiverem submetidas. Por fim, aduz que:

No Direito Romano, a palavra *dominium* teve um significado mais extenso que o de propriedade, porquanto a primeira servia para indicar tudo quanto pertencia ao *chefe da casa*, mesmo que se tratasse de um usufruto, ao passo que a palavra *proprietas* tinha um sentido mais restrito.<sup>398</sup>

Não obstante toda essa explanação, conclui que:

A verdade, porém, é que, a despeito de alguns juristas tentarem uma distinção no sentido jurídico das duas palavras – propriedade e domínio – trata-se de um movimento carecedor de apoio na tradição romana e sem nenhum subsídio no tecnicismo do nosso Código Civil. Êste, em vários casos, emprega indiferentemente tanto a palavra domínio como a de propriedade.<sup>399</sup>

Citando C. Tobeñas, ao final, abre espaço para o debate sobre as distinções que tomaram corpo na doutrina mais recente, nos termos seguintes:

C. Tobeñas sustenta não existir diferença de extensão ou de conteúdo entre as duas palavras, senão simplesmente de ponto de vista. A palavra propriedade, refere o citado jurista, representa um conceito econômico-jurídico, enquanto a palavra domínio possui um sentido predominantemente subjetivo, pois implica no poder que sobre a coisa corresponde ao titular; a palavra propriedade, ao contrário, reveste-se de um sentido predominantemente objetivo, servindo para pôr em destaque a relação de pertinência existente entre a coisa e a pessoa.<sup>400</sup>

---

<sup>398</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil – direito das coisas**: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. v.6. p.231.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p.232.

<sup>400</sup> *Id.*

Clóvis Beviláqua, ao menos em seus comentários ao Código Civil de 1916, não parece ofertar relevância à distinção. Em diversos trechos trata das duas espécies de maneira idêntica. Ao comentar o então art. 525, sobre a propriedade plena, explica que:

Os direitos elementares do domínio, segundo o art. 524, são: uso, gozo e disposição, os dois primeiros dos quais pressupõem a posse. Quando se desmembra a propriedade algum desses elementos, para constituir, em favor de outrem, um direito real, a propriedade deixa de ser plena, porque a sua expressão jurídica, o poder de ação, em que ela consiste, está dividido entre o proprietário e o titular do direito real restrito.<sup>401</sup>

Em outro momento, de maneira mais enfática o codificador, se manifesta:

Diz-se que o domínio, isto é, a propriedade da coisa corpórea, é exclusivo, para significar que o proprietário tem o direito de afastar, daquilo que é seu, a ação de qualquer pessoa estranha. Quando há condomínio o caráter de exclusivismo não desaparece, porque os condôminos são conjuntamente, os agentes do direito.<sup>402</sup>

Por fim, e ao falar da compra e venda, novamente Clóvis Beviláqua deixa clara a aproximação dos termos, ao afirmar que:

Compra e venda é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir a outra o domínio de uma coisa determinada, sob certo preço em dinheiro ou em valor fiduciário equivalente. É uma definição calcada sobre o art. 1.122, cujos elementos aproveita. A palavra coisa não é tomada em sua acepção genérica, abrangendo as coisas materiais e as imateriais. Domínio é a propriedade das coisas corporais. A alienação de outros direitos denomina-se, antes, cessão.<sup>403</sup>

Darcy Bessone, ainda que indique a possibilidade de distinção, não a considera em sua obra, mantendo-as como expressões sinônimas quando, no item 6 de seu "Direitos Reais", coloca a propriedade e o domínio como sinônimos ao diferenciar da posse. Não obstante, indica a diferenciação doutrinária:

---

<sup>401</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.46.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p.48.

<sup>403</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.4. p.236.

Duas correntes defrontam-se em relação ao problema. Uma pretende que são sinônimos os termos propriedade e domínio. Outra, sustenta que eles têm significados diferentes, pois que a propriedade teria objeto mais amplo que o domínio: objeto daquela seria tanto a coisa corpórea como a incorpórea, enquanto o deste se aplicaria somente à corpórea. A diferença, como se vê, seria objetiva. Os termos *dominium* e *proprietas* foram usados pelos romanos. Alguns romanistas afirmam que eles eram empregados indiferentemente, ao passo que outros procuram em fragmentos da época a comprovação de que, já em Roma, o objeto da *proprietas* era mais compreensivo do que o do *dominium*.<sup>404</sup>

Pontes de Miranda, no trato da propriedade e do domínio, conceitua propriedade em sentido "amplíssimo" como o "domínio ou qualquer direito patrimonial", inclusive o crédito, desbordando ao direito das coisas. Em sentido "amplo", fixa a propriedade como todo o direito irradiado em virtude da incidência do direito das coisas. Em sentido estritíssimo, como afirma, a propriedade é só o domínio, mas deixa claro que não existe conteúdo *a priori* jusnaturalístico nem de propriedade, nem de domínio. Distingue, não obstante, o domínio e os direitos reais limitados, explicando que o domínio é o mais amplo direito sobre a coisa. Tem limites, mas "que seus contornos não cabem dentro de outro direito".<sup>405</sup>

Na perspectiva da distinção entre domínio e direitos reais limitados, trata, ainda, da chamada "Coexaustividade", no sentido de que o domínio é de abrangência geral e os direitos reais limitados têm abrangência parcial e que estes são setores do conteúdo da propriedade, mas que se fizeram independentes. Não há, pelo conceito e princípio da coexaustividade, nenhum direito real limitado que não esteja no interior

---

<sup>404</sup> BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p.12.

<sup>405</sup> Veja, no original: "1. PROPRIEDADE E DOMÍNIO – Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (cp. Arts. 485, 524 e 862). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, e só o domínio. O primeiro sentido é o de propriedade, no art. 141, § 16, da Constituição de 1946. O segundo é o que corresponde aos arts. 524-530 do Código Civil. O terceiro é o menos usado nas leis, e mais em ciência. O quarto é mesclado aos outros e quase sempre é o que se emprega quando se fala de proprietário, em relação a outro titular de direito real (e.g., arts. 713 e 730). Costuma-se distinguir o domínio, que é o mais amplo direito sobre a coisa, e os direitos reais limitados. Isso não significa que os seus contornos não cabem dentro dos contornos de outro direito. O próprio domínio tem o seu conteúdo normal, que as leis determinam. Não há conteúdo *a priori*, jusnaturalístico, de propriedade, *senso lato*, nem conceito *a priori*, jusnaturalístico, de domínio." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado – parte especial**: direito das coisas: propriedade. aquisição da propriedade imobiliária. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI. p.9).



do direito do dono sobre a coisa. Devem, os direitos reais limitados, concorrer com a propriedade (que aqui Pontes de Miranda trata como "em sentido estrito") visando conhecer qual prevalecerá, diante da necessidade de graduação. Acredita-se que, neste ponto, o autor deseja distinguir propriedade e direitos reais limitados, como conteúdo do domínio, que aparenta entender o mais amplo de todos os direitos sobre os bens. Tanto é assim que, logo após, orienta que o domínio é solitário, não tem grau.<sup>406</sup>

Diferencia, por fim, a propriedade do domínio, no que diz respeito ao princípio da elasticidade, ou da expansão potencial, que somente existe do domínio, pois permite-lhe manter sua plenitude quando houver outros direitos a ele gravados (direitos reais limitados). Na propriedade isso não se verifica, exatamente pelo fato de a propriedade concorrer, na reserva de grau, com os possíveis direitos reais limitados.<sup>407</sup>

A partir disso, Ricardo Aronne afirma que:

O domínio é uno e indivisível, somente podendo ser visto em sua unidade, mesmo havendo pluralidade de sujeitos, quando tratar-se de um condomínio, não há que se falar em frações, por inexistirem direitos e a se sobreponem uns aos outros.

---

<sup>406</sup> As exatas palavras do autor: "Domínio e Direitos Reais Limitados. – O domínio e os direitos reais limitados distinguem-se pelo conteúdo: esses são direitos de abrangência parcial, ao passo que aquele é de abrangência total. Por isso mesmo, a técnica jurídica procura determinar, claramente, os contornos ou limites dos direitos reais limitados: quem só tem servidão de passar somente pode passar; quem só tem uso somente pode usar, e não usar ou fruir; quem tem direito de habitação somente pode habitar. As limitações ao domínio são quase sempre negativas, tão grande é o número de possibilidades do senhorio.

A representação tradicional e verdadeira dos direitos reais limitados é a de setores do conteúdo da propriedade, que se fizeram independentes. Parcialidade do conteúdo do direito, e não da extensão da coisa (condomínio, compropriedade). Segundo o *conceito* e o *princípio da coexaustividade*, nenhum direito real limitado possui qualquer poder que não estaria contido no direito do dono da coisa. Concorrem com a propriedade, em sentido estrito, e uns com os outros, sendo preciso que se *graduem*. O domínio é solitário, não tem grau, ainda que se pense na propriedade e na enfiteuse; os direitos reais limitados coexistem uns com os outros, donde a graduação como *modus vivendi*. Quando o dono do imóvel, ao ser constituído direito real limitado, se reserva grau (reserva de grau), não se estabelece entre o domínio e o direito ao grau relação semelhante à em que se encontram os direitos reais limitados, que se tenham de graduar: o titular dos direitos é o mesmo; o direito a graduar-se ainda não foi despregado do conteúdo do direito de domínio, apenas (não para se contrapor ao outro direito real) se criou direito ao grau, *tirado a êsse*." (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI. p.9-10).

<sup>407</sup> Mais uma vez, as palavras de Pontes de Miranda: "Precisão sobre o Conceito de Domínio. – O domínio não é só o que resta, após a constituição dos direitos reais limitados; é isso *mais* a expansibilidade, que lhe permite recobrar a anterior plenitude (*princípio da elasticidade*, ou da *expansão potencial*, que, todavia, não é peculiar à propriedade, - concerne a todos os direitos gravados com outro direito)." (*Ibid.*, p.10).

Ao contrário do domínio, a propriedade se mostra divisível, pois quando vislumbrada a compropriedade, pode ser precisado o quanto de qual direito é de cada um, podendo o direito de um sujeito se sobrepor ao do outro.<sup>408</sup>

O autor aponta o princípio da exclusividade do domínio como elemento diferenciador da propriedade, pelo fato de que esta não pode ser afirmada como plena e exclusiva, em face da incoerência que haveria em relação à nova perspectiva constitucional (de 1988) da função social propriedade. Considerando-se a constitucionalização do Direito Civil, sua publicização e repersonalização, Ricardo Aronne defende, assim, que os valores que orientam a disciplina do pertencimento não mais residem no Código, mas, sim, na axiologia constitucional, ou seja, os interesses extraproprietários concorrem com o interesse privado do dono, de maneira que a propriedade torna-se meio para a realização da pessoa, e não mais fim como no sistema anterior.<sup>409</sup>

Essa construção de Ricardo Aronne reforça o sentido da função social da propriedade em termos de preenchimento de seu conteúdo. Em outras palavras, o fato de a Constituição remodelar as titularidades, "resgatadas de dentro da noção de domínio" permite que elas – inclusive a propriedade – sejam relativizadas e possam ser interpretadas conforme a Constituição. A função social, entende o autor, permite manter a relativização da propriedade, pois seu conceito é meramente instrumental e deve ser interpretado sistematicamente, a partir da axiologia constitucional. Mantém-se, assim, a autonomia da propriedade em relação ao domínio, uma vez que este é pleno e exclusivo, enquanto aquela (e as demais titularidades) são relativas e divisíveis.<sup>410</sup>

Dessa maneira, ainda que o Código Civil de 2002 (art. 1231) tenha alterado os termos do art. 527 do Código Civil de 1916<sup>411</sup>, visando atribuir à propriedade a

---

<sup>408</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – a teoria da autonomia**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.67-68.

<sup>409</sup> ARONNE, Ricardo. Os direitos reais codificados no curso da constitucionalização do direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Coord.). **Os 10 anos do código civil**: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.426-427.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p.430.

<sup>411</sup> O art. 527 do Código Civil de 1916 guardava a seguinte dicção: "O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário."

presunção de "plena e exclusiva", o que anteriormente afirmava em relação ao domínio, tal disposição é flagrantemente passível, no caso concreto, de uma interpretação conforme a Constituição, com o fito de conformar-lhe à realidade funcional, para além do individualismo e da abstração.

No entendimento de Ricardo Aronne, o domínio conforma um conjunto de poderes sobre o bem, que consistem em faculdades jurídicas do titular, que são os direitos reais. A propriedade instrumentaliza esses poderes, envolve-os, mas sem com eles se confundir. A propriedade instrumentaliza o domínio, sem com ele se confundir, da mesma maneira que o contrato de compra e venda não se confunde com os poderes e deveres que instrumentaliza. O domínio – ou sua eventual parcela – não se confunde com a titularidade que o instrumentaliza.<sup>412</sup>

O domínio se transfere, portanto, pelo compromisso de compra e venda, pelo contrato de compra e venda ou pela permuta, na medida em que se transfere a relação da pessoa com a coisa. Trata-se da transmissão do direito real. O proprietário, assim, não possui mais nenhum direito real sobre o bem, apenas a titularidade sobre ele, por meio da propriedade, ou seja, os elementos externos, a relação dele com terceiros.<sup>413</sup>

Para Ricardo Aronne:

O domínio tem por objeto uma coisa e suas faculdades, não tendo um sujeito passivo, já a propriedade, tem por objeto uma prestação, tendo sujeito passivo e não sendo de natureza real. Aí está o ponto chave da 'repersonalização' buscada, onde funcionaliza o direito real, pela via de seu instrumentalizador.<sup>414</sup>

Karl Larenz já apontava aludida distinção, extraindo o conceito de domínio para fora do conceito de propriedade, referindo que a propriedade instrumentaliza o

---

<sup>412</sup> ARONNE, Ricardo. Os direitos reais codificados no curso da constitucionalização do direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Coord.). **Os 10 anos do código civil**: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.430.

<sup>413</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – a teoria da autonomia**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.77-78.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p.82.

domínio.<sup>415</sup> O autor explica que Karl Larenz demonstra que a propriedade traduz uma relação entre pessoas (cuja coisa é objeto, e a pretensão, abstenção). Aduz, ainda, que a propriedade existe em função do domínio, eis que intenta a reservar a coisa para o domínio efetivo do proprietário, reservando-a de ingerências de outros, por meio da sua oponibilidade *in personam*.<sup>416</sup>

Dessa forma, o domínio é o aspecto interno da propriedade: seus poderes e ligação direta da pessoa com a coisa. Portanto, reside no campo dos direitos reais. A propriedade, em seu aspecto externo, aí sim, envolve a sujeição passiva e, nesse sentido, é prestacional, saindo da esfera dos direitos reais, guardando natureza obrigacional.<sup>417</sup> E isso, porque é necessário enfrentar a superação do direito das coisas como constituído de direitos absolutos, na medida em que estes não têm como funcionalizar-se, e a funcionalização é determinação constitucional.<sup>418</sup>

Essa imposição interpretativa, na perspectiva de Ricardo Aronne, decorre de princípios objetivadores da interpretação constitucional, quais sejam, o princípio da força normativa da Constituição e o princípio da interpretação conforme a Constituição.<sup>419</sup> Ainda que se entenda que a interpretação conforme não seja um princípio, mas uma técnica hermenêutica, pouca diferença faz, visto que o importante é alcançar o resultado funcionalizante determinado na Constituição.

A propriedade, assim, tem natureza jurídica complexa, eis que, espécie do gênero Titularidades, que tem por conteúdo um elemento interior (o domínio, enquanto poderes proprietários, na concepção tradicional) e exterior (a propriedade em sentido estrito, com forma obrigacional negativa – dever geral de abstenção –, intersubjetiva.

---

<sup>415</sup> LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. Jaén: *Revista de Derecho Privado*, p.53, 1978. Tradução de Miguel Izquierdo *apud* ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**..., p.84.

<sup>416</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – a teoria da autonomia**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.84.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p.85.

<sup>418</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.173-175.

<sup>419</sup> *Ibid.*, p.176.

Tal visão, bem lembra Ricardo Aronne, "é angularmente distinta da visão clássica, que identifica propriedade e domínio", especialmente com o "novo" Código Civil, que parece ter confundido ainda mais os institutos, especialmente, com a substituição do vocábulo domínio por propriedade no art. 1231 (antigo art. 527).<sup>420</sup>

Gustavo Tepedino é claro no sentido do exposto:

De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina, não seria nem oportuno sem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata.

Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário.

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas "uns situazione giuridica soggettiva típica e complessa", necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.

Cuida-se de tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da "massima signoria sulla cosa" – formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva.

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de qual modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.<sup>421</sup>

Por fim, a distinção entre propriedade e domínio gera a ideia de que a propriedade está no campo dos direitos obrigacionais e o domínio no campo dos direitos

---

<sup>420</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.177.

<sup>421</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.278-281.

reais, de forma que a propriedade, por isso, pode ser funcionalizada, restando informada pelos princípios da boa-fé, não lesividade e os demais que orientam as obrigações.<sup>422</sup>

A função social de um bem da vida deve ser analisada tópica e axiologicamente, na medida em que a função social agrícola tem funções diversas da urbana. Por isso, o patrimonialismo perde espaço para o sistema jurídico repersonalizado.<sup>423</sup>

A propriedade contemporânea se traduz no concurso dos princípios constitucionais e sua densificação se dá em face da interpretação, descabendo uma pré-hierarquização abstrata e conceitual sem preenchimento axiológico.<sup>424</sup>

#### 1.4 A NECESSIDADE DE UMA REORDENAÇÃO TELEOLÓGICA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

A função social como liberdade reconstrói a moldura da propriedade, na medida em que ultrapassa a histórica contraposição – tensão entre função social e liberdade – para, dentre outros, fundamentar o acesso dos não proprietários aos bens.<sup>425</sup>

Nesse sentido, é da maior importância para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, como determina a Constituição, que se reordene a teleologia da propriedade no Brasil.

Como sugere Eroulths Cortiano Junior:

Por isso, o exercício dos poderes proprietários é variável e não cabe mais no abstrato modelo de usar, fruir e gozar. Bens de produção ou de consumo, móveis ou imóveis, imóveis rurais e urbanos, riqueza material ou imaterial, propriedade empresarial, atividade financeira, bens culturais, todos têm

---

<sup>422</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – a teoria da autonomia**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.152.

<sup>423</sup> *Id.*

<sup>424</sup> *Ibid.*, p.154.

<sup>425</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.244.

diversos regimes proprietários. A diversidade dos bens, seja por sua natureza, seja pela sua destinação que se lhes dê, envolve uma análise circunstancial e concreta – implementada pelo trabalho do legislador e do jurista – para a realização de sua função social.<sup>426</sup> (grifo nosso)

De fato, não há contemporaneamente como manter a propriedade enclausurada em seus poderes de uso, gozo e fruição e disposição. Faz-se mister densificar seu significado e sua finalidade.

A propriedade é direito fundamental e econômico da pessoa e da sociedade (art. 5.º, XXII e 170, II), que deve atender à sua função social (art. 5.º XXIII e 170, III). Nesse viés, reordenar a propriedade é conceber evidência à função como liberdade, ou seja, considerar o grupo e também a pessoa no reformular da finalidade proprietária. Não significa confundir função com finalidade, mas tornar a finalidade da propriedade, funcional.

Poder-se-ia questionar qual a finalidade atual da propriedade imóvel, ora em estudo. Múltiplas respostas atendem à formulação, mas há que se optar por algumas e, neste caso, deseja-se refletir sobre a propriedade como satisfação da vida em seu sentido imaterial e no âmbito da consideração econômica.

A realização da vida, no primeiro pensamento, vai se concretizar com a proteção da pessoa ou da família, na tranquilidade que a propriedade proporcionará como segurança de moradia, paz e qualidade necessárias ao livre desenvolvimento da dignidade e da personalidade.

No segundo, a propriedade se efetiva como relevante elemento econômico que, igualmente favorece a pessoa, a família e a empresa (*lato sensu*), mas sob um enfoque financeiro. Exemplo dessa perspectiva, é a propriedade como disponível a garantir um financiamento que viabilize projetos de uma pessoa física ou jurídica.

Todo esse conjunto de dados são da mais expressiva importância. Quando se pensa em função como acesso não se imagina tão somente o contratante ou possuidor "ganhando" a sua propriedade pelo fato de ter efetivado um contrato de transmissão.

A perspectiva é de realização da pessoa no sentido mais eficaz possível. A propriedade deve, ao atender à sua função como liberdade substancial, ocupar-se

---

<sup>426</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.158-159.

de, no dizer de Eroulths Cortiano Junior – ao mencionar intervenção de Guido Alpa em convenção realizada na Universidade de Camerino em 1982 –, aproximar a relação existente entre os poderes do proprietário, a conformação do bem e sua utilização.<sup>427</sup>

Aventa-se a apreciação dos bens de forma específica, com suas qualidades naturais e econômicas, conformando essa aferição a uma forma de exercício dos poderes de proprietários (e, pode-se compreender, também não proprietários), devendo os usos serem indicados pela legislação.<sup>428</sup> No caso brasileiro, a legislação está para além dos Códigos e em sintonia com as determinações constitucionais, especialmente as que asseguram direitos fundamentais.

Não são apenas os poderes do proprietário que devem compor "o conceito" de propriedade no Brasil, como determina atualmente o art. 1228 do Código Civil, ainda que seu § 1.º fixe limites em "consonância com suas finalidades econômicas e sociais" – referindo-se ao ambiente natural, histórico e artístico – ou à desapropriação e usucapião. Sua construção impõe que guarde fundamento nas diversas maneiras pelas quais se apresenta na sociedade. Por isso falar-se em "propriedades"<sup>429</sup> e não mais, tão somente, em propriedade. Pietro Perlingieri é claro nesse sentido:

*Non esiste cioè un'unica proprietà, non esiste una nozione rigida, definita di proprietà. Questo significa che non è più possibile discorrere di unità del dominio; non è possibile sostenere cioè che la proprietà è concetto unitario, sintesi di taluni poteri di godimento e di disposizione; che non c'è proprietà se non ci sono quei poteri; che se ci sono quei poteri c'è proprietà, sì che se manca uno solo di quei poteri è da dubitare dell'esistenza del diritto di proprietà. La verità è che oggi non c'è più l'unità del dominio piuttosto vi è la consapevolezza precisa – non solo degli interpreti ma anche dello stesso legislatore – che esiste una pluralità di domini.<sup>430</sup>*

---

<sup>427</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.159.

<sup>428</sup> *Ibid.* p.160.

<sup>429</sup> Sobre "propriedades" vide, ainda: TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993; ZOPINI, Andrea. Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XLVI, n.2, p.186-187, marzo/aprile, 2000.

<sup>430</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della "proprietà"**. Camerino: Jovene, 1971. p.59. Tradução livre: "Não existe uma única propriedade, isto é, não existe uma noção rigorosa, definida de propriedade. Isto significa que não é mais possível falar de unidade de domínio; não é possível sustentar que a propriedade é um conceito unitário, síntese de certos poderes de gozo e disposição; que não há nenhuma propriedade se não houver tais poderes;



Paulo Grossi, é rígido em que a propriedade não pode mais ser tratada com o individualismo típico da modernidade:

*Si continui pure a parlare de ' le proprieta ' come convenzione verbale fino a inserire nei suoi confini anche le forme storiche di ' propriety collettiva ', ma si abbia almeno coscienza che entro quei confini non corre un territorio uniforme, anzi sfaccet-tatissimo ed eterogeneo, e non si commetta l'ingenuita imperdona-bile di credere che tutto si esaurisca nell'universo della appartenenza secondo il grande fiume appariscente della ufficialita dominante. Significherebbe soccombere a un condizionamento mo-noculturale e impoverire le complessita della storia che, oggi piu di ieri, non sa rinunciare alia dialettica arricchente fra culture diverse, fra cultura ufficiale e culture sepolte. La nostra insegna, col suo pressante richiamo al ' proprio ', al mio ', non deve bendare i nostri occhi e farci ritenere esclusivo un paesaggio giuridico per la semplicistica ragione che ci e vicino e familiare. Vivere aU'interno dell'universo della appartenenza, com'e nostra sorte, senza aprire ideah finestre sull'esterno, rischia non soltanto di farci considerare unica quella che e semplicemente una soluzione storica dominante, ma di farcela considerare la migliore possibile, con la conseguente condanna di ogni altra soluzione come anomala e deteriore.<sup>431</sup>*

Fugindo-se, no novo modo de olhar-se a propriedade, do individualismo moderno e da abstração codificada, a edificação de suas premissas deve justificar-se nas muitas formas como ela se coloca no contexto social.<sup>432</sup>

---

que, se existem esses poderes é a propriedade, se faltar algum desses poderes se duvida da existência do direito de propriedade. A verdade é que hoje não existe mais a unidade do domínio, em vez disso há uma consciência precisa – não só dos intérpretes, mas também dos legisladores – de que existe uma pluralidade de domínios."

<sup>431</sup> GROSSI, Paolo. La proprieta e le proprieta nell'officina dello storico. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milano, n.17, p.365, 1988. (A tradução está em GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.9-10: "Continue-se a falar de 'as propriedades' como convenção verbal até inserir em suas fronteiras também as formas históricas de 'propriedades coletivas', mas tenha-se ao menos consciência de que dentro daquelas fronteiras não corre um território uniforme, mas variadíssimo e heterogêneo, e não se cometa a ingenuidade imperdoável de crer que tudo se esgote no universo do pertencimento segundo o grande rio aparente da oficialidade dominante. Significaria sucumbir a um condicionamento monocultural e empobrecer as complexidades da história que, hoje mais do que ontem, não sabe renunciar à dialética enriquecedora entre culturas diversas, entre culturas oficiais e culturas sepultadas. O nosso título, com o seu premente apelo ao 'próprio' ao 'meu', não deve vender nossos olhos e nos fazer considerar exclusiva uma paisagem jurídica pela razão simplista de que ela nos está próxima e é familiar. Viver internamente ao universo do pertencimento, como é o nosso destino, sem abrir ideias janelas para o exterior, apresenta o risco não somente de nos fazer considerar única aquela que é simplesmente uma solução histórica dominante, mas de nos fazer considera-la a melhor possível, com a consequente condenação de qualquer outra solução como anômala e inferior.")

<sup>432</sup> Nesse sentido, Ricardo Aronne: "A propriedade contemporânea, efetivamente, se traduz no concurso dos princípios já apontados e sua densificação se dará em face da interpretação, descabendo uma pré-hierarquização *in abstratu* e muito menos uma conceituação formal sem

A propriedade é, portanto, complexa. Deve ter na funcionalização o seu referencial de liberdade(s), e alguns exemplos citados por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk podem auxiliar a uma melhor compreensão. Trata o autor das duas situações que envolvem a realidade fundiária, quais sejam: a urbana e a rural. Na urbana, menciona que a lógica a informar a função social da propriedade é a do bem-estar das pessoas ao viverem em determinado lugar, que tenha um plano diretor adequado. Na rural, fixa que o aproveitamento racional da terra aliado ao bem-estar (novamente) de empregados e coerente atenção ao ambiente.<sup>433</sup>

Não se quer dizer, com isso, que somente as pessoas devam indicar que o bem guarda funcionalização. O aproveitamento econômico do bem, a produtividade, e a utilização, igualmente, podem traçar a matriz do conteúdo da propriedade. Mas, fora de qualquer dúvida, o elemento humano, a pessoa, prevalecerá ao dado economicista. É o Direito Civil em favor da vida.

A propriedade, para além de múltipla, plural e complexa, também é "mentalidade", no sentido de que é preciso, para coexistirem os direitos nela envolvidos, uma solução de atitudes solidárias, éticas e com firme propósito de alteridade.<sup>434</sup> Nesse contexto, novamente, Paolo Grossi: *"La proprietà, le proprietà – abbiám detto sopra e ripetiamo ora come degnita rispettabile – prima di essere paesaggio sono mentalità."*<sup>435</sup>

A reordenação da propriedade no Brasil, portanto, deve passar por essa concepção complexa, que a faz transmutar-se em um significado de "propriedades".

A perspectiva teleológica da propriedade contemporânea, constitucionalizada, assim, se realiza no cumprimento dos relevantes interesses (e necessidades) de proprietários e não proprietários, na medida em que coexistindo solidariamente, fomentarão o maior aproveitamento das utilidades dos bens, especialmente dos

---

preenchimento axiológico." (ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – a teoria da autonomia**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.154).

<sup>433</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.267.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p.380.

<sup>435</sup> A tradução está em GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.30: "A propriedade, as propriedades – dissemos acima e repetimos agora como axioma respeitável – antes de ser paisagem são mentalidades."

imóveis. Esqueça-se, tão somente, do aspecto de propriedades coletivas. Nelas a convivência, o respeito e interação são indiscutíveis.

Fala-se da propriedade em sua mais pura acepção, ou seja, a titularidade dominial e a ligação da pessoa com o bem. Na medida em que o proprietário respeita o não proprietário, e vice-versa, cada qual cumprindo adequadamente com suas participações nas atividades jurídicas a que se comprometeram, a função social se verificará por si e a liberdade pretendida se efetivará.

Em não se verificando esse comprometimento, a função terá seu papel densificado, com a ampliação do universo capacitatório da parte cumpridora da atividade a que se dispôs, configurando-se como contributo de proteção jurídica e efetivação das liberdades para o acesso aos bens.

Nesse contexto é que se sugere uma nova compreensão acerca da transmissão da propriedade no Brasil, superando-se a obrigatoriedade do registro, que se consubstancia em expediente unicamente formal, com finalidade primordialmente econômica. Como se verá, o contrato, na atualidade, merece maior consideração na tomada de decisões jurídicas – em superação ao registro, para certos casos – sem déficit de segurança e estabilidade no trânsito imobiliário.

Ainda que tratando genericamente do que denomina como "cadastro imobiliário", Paolo Grossi entende que vincular bens a transcrições é procedimento jurídico formal com finalidade e conteúdos exclusivamente econômicos. Veja:

*Come complesso di operazioni mirante all'accertamento della consistenza e rendita dei beni, nonché dell'effettivo percepimento di questa, ai fini dell'imposizione di tributi da parte dei pubblici poteri, il catasto è formalmente un procedimento giuridico ma con finalità e contenuti esclusivamente economici. E ovvio che vi si parli di proprietà e di proprietari, l'una e gli altri tuttavia pensati e collocati nella sfera dei rapporti economici non come nomenclature precisa e rigorosa conseguente a qualità giuridicamente rilevanti ma come contrassegno d'una sostanza economica da colpire tributaria-mente; per cui proprietà arriva ad identificarsi con una nozione concettualmente generica anche se economicamente corposa di detenzione della ricchezza fondiaria e percezione della rendita, una nozione che non ha nulla a che spartire con il potere costruito dai giuristi quale cardine dell'ordine giuridico.<sup>436</sup>*

---

<sup>436</sup> GROSSI, Paolo. La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milano, n.17, p.378-379, 1988. (A tradução adiante está em: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.27-28: "Como conjunto de operações destinadas à averiguação da consistência e renda dos bens, sem falar do efetivo percebimento

Essa perspectiva tão somente financeira é a que tem se mantido forte na doutrina tradicional que centra o Direito Civil primariamente no patrimônio. Superada essa forma de pensar, por não mais compor as finalidades e a axiologia do momento atual de abertura, pluralização e ruptura de paradigmas dos velhos modelos oitocentistas e novecentistas codificados.

Indiscutível a relevância do econômico na sociedade de mercado, capitalista e globalizada que se vive. Exatamente por este motivo é que se tem de insistir, ao máximo, na primazia da pessoa e da primazia da realidade nas atividades jurídicas, pois, a permitir-se a sobreposição do capital em relação ao humano, com a massificação da economia e o consumismo fomentado pela mídia, não restará equilíbrio sequer mínimo nas relações intersubjetivas.

Pablo Malheiros da Cunha Frota bem explica essa necessidade de cautela com a majoração dos conteúdos de justiça em face da constante busca econômica pela eficiência:

Frise-se que a ideia de justiça presente no cenário jurídico atual não é mais a justiça comutativa ou a distributiva, mas a socioambiental, visto que esta modifica efetivamente a desigualdade existente a favor do bem comum e traz no caso concreto a justiça relacional, aquela presente em uma determinada relação jurídica. Torna-se incontrastável, portanto, a sinonímia entre Direito/Justiça/Equidade na contemporaneidade, não obstante o conceito de justiça ser anterior ao Direito, tendo em vista ser um produto histórico-social. Saliente-se que a transmodernidade traz outro paradoxo – ao mesmo tempo em que o Direito=Equidade=Justiça é o referencial jurídico e político indispensável hodiernamente, os efeitos da tecnologia fazem com que muitos deixem de lado o valor justiça e a filosofia e se dediquem à busca eficiente, mas lucrativa e menos ética dos bens materiais.<sup>437</sup>

---

desta, para fins de imposição de tributos por parte dos poderes públicos, o cadastro imobiliário é formalmente um procedimento jurídico mas com finalidade e conteúdos exclusivamente econômicos. É óbvio que nesse âmbito se fale de propriedade e de proprietários, uma e outros pensados e colocados porém na esfera das relações econômicas não como nomenclatura precisa e rigorosa consequente a qualidades juridicamente relevantes mas como marca de um substância econômica a ser atingida tributariamente; de modo que propriedade chega a identificar-se como uma noção conceitualmente genérica, mesmo que economicamente consistente, de detenção de riqueza fundiária e percepção de renda, uma noção que não tem nada a compartilhar com o poder construído pelos juristas como eixo da ordem jurídica.”)

<sup>437</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p.224.

Necessário, assim, que se efetive uma reordenação teleológica da propriedade no Brasil, por conta das novas demandas sociais e das inovações axiológicas que tem por marco fundante a Constituição Federal. É esse o pensamento de Luiz Edson Fachin:

Assim, a função social da propriedade torna-se essencial na compreensão do direito de propriedade. A Constituição-cidadã, nesse sentido, deu grande passo para tomar mais justa sua utilização. Pareceram vencer, assim, os setores da sociedade que clamavam pela justa distribuição da propriedade, e que, dentro em muito breve, os conflitos agrários seriam resolvidos todos pelo Judiciário, munido de farta legislação constitucional que abraçavam a função social da propriedade e sua justa distribuição e utilização.

Contudo, o que se vê na prática não corresponde exatamente aos anseios gerados pela Constituição-cidadã, que procurou projetar na realidade fática a norma-fim da proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>438</sup>

É a funcionalização, nos moldes dos caminhos até aqui percorridos, que proporcionará a definitiva retirada da propriedade dessa equivocada consideração individualista e formalista, alocando seu rumo na efetivação das promessas constitucionais que propiciem um verdadeiro pacto emancipador das gentes.

E o contrato, forte na finalidade das partes em alcançar o objetivo proprietário, independentemente de qualquer divisão de planos obrigacionais e reais, meramente fictícia no direito brasileiro, será o fio condutor dessa inovação. É a força construtiva dos fatos, que a partir da Constituição, reconstrói a significação da teleologia proprietária como acesso aos não proprietários.

Reordenar a teleologia do conceito e alcance da propriedade consiste na necessidade de, por tudo isso, promover-se uma sensível ressignificação do significante "contrato", sem que haja a necessária fratura do sistema jurídico positivo, mas aceitando-se na funcionalização como liberdade, na contraprova da realidade, o acesso ao domínio imobiliário, independente de registro.

---

<sup>438</sup> FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**: ensaios para recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.26.

## 2 O CONTRATO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL: A SUPERAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PLANOS NO BRASIL

A Constituição Federal inaugurou um novo sistema jurídico no Brasil pós-1988. Independentemente de cogitar se a Carta é originária ou derivada, assunto caro aos constitucionalistas, o que importa de fato é que um novo paradigma de Direito se instalou, com a prevalência da dignidade humana em face do patrimônio.

O direito constitucional deixa de ser meramente positivo (existente e aplicável em determinado tempo e espaço), colocando-se como substantivo, ou seja, realizador do conjunto de princípios explícitos e implícitos constantes do texto maior.

Carlos Alberto da Mota Pinto, acerca da indispensável interação do Direito Privado com a Constituição, afirma:

Dissemos atrás que os preceitos constitucionais na sua aplicação às relações de direito privado não podem aspirar a uma consideração rígida, devendo, pelo contrário, conciliar o seu alcance com o de certos princípios fundamentais do direito privado – eles próprios conforme a constituição. Não é fácil determinar a extensão em que os referidos princípios constitucionais vigoram na esfera do direito privado. Para determinar, necessário se torna considera-los à luz da função e do sentido de certos princípios e meios de actuação do direito privado que entrariam em conflito com aqueles princípios constitucionais, se eles se quisessem impor irrestritamente no tráfico entre particulares, como se impõem na relações Estado-cidadão. É o caso dos já citados princípios da liberdade contratual e da boa fé na execução do contrato em ordem à realização do interesse contratual.<sup>439</sup>

Esse refletir conduz o civilista à valorização da grande "força geradora" que o Direito Privado conquistou, alterando-se o trajeto até recentemente percorrido pela civilística, vinculando legisladores, juízes e os demais órgãos do Estado.<sup>440</sup>

O contrato deve ser doravante considerado, como quer Paulo Nalin, em uma perspectiva de reconstrução, tendo em vista que seus fundamentos, agora, estão

---

<sup>439</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. atual. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.77-78.

<sup>440</sup> *Ibid.*, p.73.

centrados na figura da pessoa humana (sujeito contratante) e na sua proteção constitucional.<sup>441,442</sup>

A pactuação jurídica, no Direito dos oitocentos e da maior parte dos novecentos, conduzia-se pela absoluta autonomia da vontade<sup>443</sup>, no já tantas vezes referenciado Estado Liberal, pautado no mito da liberdade. Suas regras estavam, basicamente, na *pacta sunt servanda* e na não intervenção do Estado nas relações interprivadas. Com o Estado Social, o ente público passa a intervir nas relações contratuais, em um sentido de proteção da parte mais fraca, mas prevalecendo, no geral, a quase impossibilidade de rompimento do *animus* anteriormente externado.

No Brasil, com o advento do Estado Constitucional Democrático de Direito, o público pode – e deve – participar nas relações interprivadas quando houver a possibilidade de prejuízo da pessoa, com a garantia, inclusive, de estatutos protetivos como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, entre outros. Trata-se do denominado dirigismo contratual, por meio do qual o Legislativo, o Executivo ou o

---

<sup>441</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.47. Na edição em italiano, p.45.

<sup>442</sup> Na mesma linha outros civilistas como Pietro Perlingieri, Luiz Edson Fachin, Pier Giuseppe Monateri, Paulo Lôbo, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Eroulths Cortiano Junior, entre muitos outros.

<sup>443</sup> A distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada ainda gera debate. Paulo Lôbo explica: "A terminologia é controvertida. A expressão mais difundida e antiga é autonomia da vontade, especialmente nos sistemas que sofreram influência do direito francês, que expressa a importância atribuída à vontade individual, na sua dimensão psicológica. A opção por autonomia privada, notadamente nos direitos alemão e italiano (Ferri, 1959: 3), revela a preferência pela teoria da declaração, ou seja, pela vontade que se declarou ou se exteriorizou. Substituindo-se autonomia da vontade por autonomia privada negar-se-ia a vontade real ou psicológica a função de causa de efeitos jurídicos, ou de elemento nuclear do suporte fático suficiente do contrato, que mereceria a incidência da norma jurídica. Pontes de Miranda condena ambas as expressões, preferindo autorregramento da vontade, porque autonomia indica poder de produção de norma que os particulares não deteriam, e porque o adjetivo "privada" afastaria o autorregramento da vontade em direito público. Apesar do esforço doutrinário em demonstrar a excelência de cada denominação ou de suas finalidades diferenciadas, não vemos razões consistentes para tais distinções, que são resultantes de momentos históricos ou de opções doutrinárias e ideológicas. Com relação as duas denominastes mais difundidas, a autonomia da vontade exprime o predomínio do individualismo e da soberania da vontade individual, principalmente no século XIX e início do século XX (teoria da vontade, ou subjetivista), enquanto a autonomia privada distancia-se da vontade interior e atribui primazia a sua exteriorização e a limitação posta pelo ordenamento jurídico (teoria da declaração, ou objetivista), por exigências de justiça social. São momentos datados: o ambiente da primeira é o Estado liberal; o da segunda, o Estado social." (LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.58-59). Entre os que entendem pela referida distinção: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p.41-80.

Judiciário, no dizer de Giselda Maria Fernandes Hironaka, promove "intervenção heterônoma na relação contratual".<sup>444,445</sup>

Tudo isso, visando evitar que a liberdade contratual venha a prejudicar alguma das partes em determinados contratos. Essa modificação das esferas de autonomia, de liberdade, pelo sistema constitucional contratual, na mesma perspectiva explanada acerca da constitucionalização do direito privado, tem por finalidade humanizar as atividades e conferir a prevalência da pessoa em relação ao patrimônio.

Coerente afirmar, entretanto, que aludida participação pública no seio privado deve acontecer como forma de dimensionar as liberdades a partir dos direitos fundamentais, evitando qualquer interferência na esfera da dignidade e da individualidade, que possa causar prejuízo ao livre desenvolvimento da personalidade.

Os contratos de transmissão imobiliária seguem o mesmo caminho, mas com um plus: a função como liberdade(s) traz uma nova leitura das atividades negociais, constituindo-se o pacto como suficiente à transferência da propriedade, em superação à teoria das separação relativa dos planos.

## 2.1 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE CONTRATO E SEUS ELEMENTOS INFORMADORES

Mário Barcelona, ao explicar a construção do sistema jurídico a partir da Escola do Direito Natural, que fortemente influenciou o pensamento moderno com a rigidez conceitual e a cartesiana aplicação matemática da norma aos fatos, informa que o Direito era compreendido da mesma maneira que as ciências exatas, ou seja,

---

<sup>444</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: NOVAES, Giselda Maria F. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.109.

<sup>445</sup> Relevante a perspectiva de Celso Souza Guerra Junior, para quem: "O dirigismo contratual, que pode ser conceituado como a interferência estatal, que, impondo limites ao livre exercício de contratar, tenta minimizar os desequilíbrios constantes da relação negocial." (GUERRA JUNIOR, Celso Souza. **Negócios jurídicos à luz de um novo sistema de direito privado**. Curitiba: Juruá, 2005. p.37).



pela máxima racionalidade. Os resultados não poderiam variar de caso a caso, sob pena de flagrante prejuízo à verdade e à segurança jurídica.<sup>446</sup>

Paulo Nalin lembra que:

Do movimento pandectista herdou-se a concepção 'fechada' do sistema jurídico, assim como o apego ao romanismo que buscava positivar. Em oposição à construção 'aberta' de Savigny, a pandectista entra em jogo, afirmando que, para além do conceitualismo, dos seus preceitos e princípios, todos ajustados em termos de valores exclusivamente jurídicos, outros não eram aceitos.<sup>447</sup>

A partir disso, a proposta codificadora ganhou força para firmar estabilidade e segurança às conquistas burguesas, nos campos da propriedade, da família e do contrato, o que vem a se tornar, como bem refere Natalino Irti, *"il precipitato storico della legislazione"*.<sup>448</sup>

A segurança jurídica de então, se qualificava pela fixação de regras que propiciassem procedimentos e formalidades. Essas formas, que o ente público e os particulares deveriam cumprir, ofertava estabilidade, uma vez que todos deveriam agir da mesma maneira.

No Brasil, o Código Civil de 1916 manteve a mesma perspectiva típica das codificações europeias, ou seja, a pretensa liberdade contratual, mas sob um modelo realmente absoluto de vinculação da vontade das partes ao que foi comprometido, ou seja, a *pacta sunt servanda*.<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> BARCELLONA, Mario. **Diritto, sistema e senso**: lineamenti di una teoría. Torino: Giappichelli, 1996. p.3.

<sup>447</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.71-72. Na versão italiana, p.65.

<sup>448</sup> IRTI, Natalino. **Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili**: il codice civile: convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli. Roma: Academi Nazionale dei Licei, 1994. p.245.

<sup>449</sup> Sobre isso, Paulo Nalin explica que, apesar de o codificador brasileiro ter grande inspiração no modelo europeu, o CC 1916 não mereceu os avanços já existentes naquele continente, a exemplo da resolução ou rescisão contratual a partir da Teoria da Pressuposição (Windscheid, 1850) e a teoria da cláusula *rebus sic stantibus*. (NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p.79. Na edição italiana, p.71-72).

Clóvis Beviláqua, após traçar, quase em tom poético, os motivos do surgimento do contrato como forma de regular a relações entre as pessoas<sup>450</sup>, explica que para a correta formação do contrato é necessária a atenção a alguns elementos essenciais, sem os quais poderá ser considerado inválido (nulo ou anulável). O codificador divide tais elementos em condições objetivas e subjetivas: objetivas são a forma "talhada" pelo direito quando exigida e o objeto que deve ser lícito e determinado; subjetivas são a capacidade das partes e o consentimento recíproco.<sup>451</sup>

De fato, o art. 82 do Código Civil de 1916 exigia, para a validade do ato jurídico, o agente capaz, o objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Mas cada contrato de transmissão, na concepção do codificador, guardava suas peculiaridades, no que se refere aos elementos essenciais. Na compra e venda<sup>452</sup>

---

<sup>450</sup> O raciocínio de Clóvis Beviláqua: "Individualizado o contrato, obteve outra significação que se veio colocar ao lado da primeira. Passou a se um dos modos de afirmar a individualidade humana. Quanto mais varam os contratos, quanto maior é o número de bens sobre que eles versam, tanto mais forte e extensa é a personalidade individual, tanto mais vasto é o granel de utilidades, que ela tem a seu dispor. Desprendida a personalidade individual da nebulosa do coletivismo primitivo, robustecida enlarguecida, toma o vôo, como prole implumada, que abandona as calenturas enervantes do ninho, e começa, por meio dos contratos, na faina de aproximar as utilidades criadas ou apreendidas das necessidades sentidas. E, para realizar essa empresa, vai, progressivamente, estendendo o círculo de sua ação. Hoje um povo, amanhã um grupo de nações vizinhas, mais tarde um continente e, finalmente, o globo inteiro recebem as malhas vigorosas da rede imensa do comércio. Por meio do contrato, o habitante do extremo da Ásia ou da Austrália e o que vive sob o céu americano, onde brilha a luz branca de estrela polar, ou onde resplandece a constelação do cruzeiro, reconhecem a congruência de seus interesses, associam-se, ainda que momentaneamente, e, sem que jamais se vejam, entram numa cooperação, para o fim de satisfazerem as próprias necessidades. Embora não se conheçam, senão como armazéns de onde se expedem e para onde se dirigem mercadorias, a confiança se estabelece entre ambos, longa e profunda, facilitando as transações, centuplicando as energias. Assim, para ser aplicada, em sua maior latitude, a grande lei econômica da divisão do trabalho, necessita de vasar-se pela fieira dos contratos. Igualmente, para receber força intensiva, terá de recorrer, necessariamente, ao mesmo e inevitável expediente. Na mesma construção, na mesma fábrica, num estabelecimento industrial de qualquer natureza, os diversos indivíduos chamados ao seu serviço, operam em combinação, porque seus interesses coincidem. Sem essa combinação de esforços, sem essa convergência de interesses, não teria andamento a empresa. Mas, para reconhecer, praticamente esses interesses, e fazê-los subordinar ao fim visado pelo empresário, só há, hoje, um meio, que é o contrato." (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8.ed. rev. e atual. por Aquilino Beviláqua. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954.p.130-131).

<sup>451</sup> *Ibid.*, p.134.

<sup>452</sup> CC 1916: art. 1122. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. CC 2002, idêntica a redação.

eram "o consentimento das partes, a coisa e o preço"<sup>453</sup>, na doação a entrega por um e o aceite pelo outro<sup>454</sup>, na troca as mesmas condições da compra e venda, com a diferença de que reciprocamente se entregam bens<sup>455</sup>.

Nada de maior importância se altera, nesse passo, com o Código Civil de 2002. Os elementos essenciais ao ato e ao negócio estão fixados no art. 104, que recebeu pequena alteração de formato, passando a elencar o rol em incisos. O inciso II, que trata do objeto, exige, agora, além da licitude, que seja possível, determinado ou determinável. As demais especificidades dos contratos, igualmente, mantiveram-se como no primeiro caderno de leis.

A vontade, no entanto, embora não apareça expressamente como elemento essencial nos artigos 82 (Código Civil de 1916) e 104 (Código Civil de 2002), está presente em todo o contexto codificado, constituindo-se no principal elemento do contrato.

Paulo Nalin entende que a vontade é um dogma da modernidade, instalado no núcleo absoluto do sistema contratual, e que deve ser repensado:

O dogma da vontade, núcleo absoluto do sistema contratual da modernidade, além do princípio da liberdade contratual, é fonte de instituição dos princípios da intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*) (*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* – art. 1.134) e da relatividade dos efeitos dos contratos (*les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* – art. 1.165), ambos apresentados no

---

<sup>453</sup> Veja as exatas palavras do codificador: "Consideram-se elementos essenciais do contrato de compra e venda: o consentimento das partes, a coisa e o preço. Esses elementos estão perfeitamente indicados na definição acima, como no art. 1.126 do Código Civil e no art. 191 do Código Comercial. O art. 1.126 declara-os essenciais à perfeição do contrato." (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.4. p.236).

<sup>454</sup> CC 1916: Art. 1.165. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita. No CC 2002: Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. Neste Código de 2002, a aceitação ficou subentendida pelo art. 539.

<sup>455</sup> CC 1916: art. 1.164. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I – salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca. II – é nula a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes. No CC 2002: art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

Code. A revisão do sistema contratual impõe uma análise da persistência de tais princípios e a extensão aplicativa deles, entre as partes e, até mesmo, no plano do coletivo, tendo em vista que a especial compreensão da mitigação do princípio da relatividade sugere possa o contrato gerar efeitos para além do círculo de interesses das partes diretamente contratantes, em perspectiva funcionalizada, destarte.<sup>456</sup>

Paulo Lôbo não vê a autonomia da vontade como dogma, ao entender que somente será relevante no momento em que haja necessidade de identificar seus limites. Fala das escolhas que o contratante deve ou pode fazer e dos limites a que se submete na atividade contratual.<sup>457</sup>

Apesar da disparidade de entendimentos entre os autores, relevante compreender o vocábulo liberdade – que correntemente é utilizado para denotar a possibilidade de alvedrio, de livre-arbítrio – quando estiver sob análise no contexto contratual, especialmente do Código Civil, a partir do caso concreto, para que seja possível conhecer-se de sua função como possibilidade de escolha ou como limitação.

Como visto, a par dos elementos essenciais que devem figurar na construção do pacto, existem alguns princípios remanescentes do Estado Liberal que, atrelados ao princípio da liberdade contratual<sup>458</sup>, podem influenciar no desenvolvimento e resultado socialmente adequados do contrato, muitas vezes em seu prejuízo. São eles o *princípio da intangibilidade contratual* (*pacta sunt servanda*) e o *princípio da relatividade dos efeitos dos contratos*.

Aludidos princípios, não há como ignorar, constituem o arcabouço do sistema contratual brasileiro. Para Paulo Nalin, é indispensável um "remodelamento" de alguns outros princípios que, centrados na boa-fé, devem orientar a ordem contratual, sob os auspícios da autoridade constitucional.<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.112. Na edição italiana, p.101.

<sup>457</sup> LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.58-59.

<sup>458</sup> Enzo Roppo entende não haver distinção entre o princípio da autonomia privada negocial e o princípio da Liberdade contratual, na medida em que são expressões do mesmo fenômeno jurídico: "significam a liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada a vontade de uma contraparte no 'consenso' contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio." (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.126-128).

<sup>459</sup> NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p.115.

Não se olvide, porém, que o contrato da modernidade (do *Code Napoléon*) era considerado como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em coerente mecanismo para a ascensão da classe burguesa, especialmente na proteção do trânsito real imobiliário. A exploração excessiva da autonomia da vontade pelo liberalismo clássico fez com que o contrato se afastasse de seu verdadeiro objetivo, que é a demonstração da realidade e dos fatos da vida.<sup>460</sup>

É esse contato com as realidades da vida que deve nortear a edificação, o desenvolvimento e o cumprimento do contrato, com vistas a não se permitir que, sob o disfarce da liberdade e da autonomia, faça-se mau uso da *pacta sunt servanda* e da relatividade dos efeitos do contrato.

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha por fundamento o tripé eticidade, socialidade e operabilidade, conforme justificativa de seus respeitáveis criadores<sup>461</sup>, o contrato não mereceu grandes transformações práticas nesses 12 anos, mantendo-se um tanto fixado na perspectiva isolada do direito obrigacional, sem ponto de ligação forte com os demais espaços do Direito Civil, como as titularidades e o projeto parental.

Ademais, a "crise do contrato", ainda, pode ser facilmente visualizada na massificação das negociações, no mundo virtual de trocas, compras e vendas, assim como na impessoalidade cada vez maior das relações envolvendo grandes corporações, entre si, ou com pessoas físicas. Nem se pondere das contratações do mercado internacional. Enzo Roppo já mencionava, na década de 1970, que o contrato se altera, em disciplina, funções e estrutura, de acordo com cada momento econômico-social em que está inserido.<sup>462</sup>

Por esse motivo é que Pablo Malheiros da Cunha Frota entende superados os conceitos de ato e negócio jurídico, que devem canalizar-se, unicamente, para o conceito do que denomina "Atividade". Entende que, diante da complexidade da

---

<sup>460</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.110. No italiano, p.100.

<sup>461</sup> REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p.9-12.

<sup>462</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.24.

sociedade contemporânea, com as multifaces das relações interpessoais, o ato e o negócio mantêm-se isolados e excessivamente presos ao formalismo de seus regimes codificados. Acompanhe-se a lição do autor:

Passa-se para a ideia de atividade e não de ato ou de negócio jurídico, haja vista que os últimos são isolados e únicos e a primeira é um complexo de atos ordenados de maneira teleológica para um determinado fim. Isso, sem olvidar a axiologia que a cerca, como se vê na empresa, na posse, nos contratos, no fornecimento de bens e de serviços de consumo, na atividade administrativa das agências reguladoras ou no exercício da atividade jurídica não econômica, assim como no caso das pessoas que vivem de renda de bens móveis e (ou) imóveis.

A '*ideia conceitual contemporânea de contrato em uma perspectiva civil constitucional e pós-positivista*' aduz para uma atividade que conjuga objetivamente interesses materiais e (ou) existenciais para o atingimento de um fim pelos contratantes, cuja autonomia privada molda-se à observância dos deveres contratuais gerais (função social, função ambiental, boa-fé, equivalência material, solidariedade, confiança, informação. Equidade/justiça e cooperação), tendo em vista a produção de efeitos jurídicos do pacto perante terceiros de forma direta ou indireta (p. ex. CDC, art. 12).<sup>463</sup>

Trata-se de mais uma contribuição de grande importância para a formação do novo conceito de contrato e para a efetivação de sua funcionalização.

Francisco Amaral igualmente defende a superação do conceito de contrato atrelado ao de negócio jurídico, especialmente porque resulta de um processo de abstração, com base na liberdade e na igualdade formal de todos perante o Direito. A categoria do negócio jurídico, prossegue o autor, é fruto de uma filosofia político-jurídica que parte da teoria do sujeito e constrói uma figura capaz de reunir todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos envolvidos nas atividades jurídico-patrimoniais.<sup>464</sup>

---

<sup>463</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p.78-79.

<sup>464</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.388-389.

Nesse sentido, a conclusão de Francisco Amaral sobre o que trata por "Crítica e superação do conceito de negócio jurídico":

De tudo isso se conclui que, sendo o negócio jurídico uma categoria histórica e lógica, foi válida e útil enquanto vigentes as condições que o determinaram. Mudadas as condições e destituído o conceito de sua função ideológica, não se justificaria a sua manutenção. O que permanece em pleno vigor, como causa da dinâmica jurídica, é o *ato jurídico* como gênero, e, como categoria específica de crescente importância, o *contrato*.<sup>465</sup>

O somatório de ideias em curso, aliado ao estudo dos princípios adiante, se presta a dar continuidade na construção dos fundamentos para a superação da exigência registral aos contratos imobiliários de transmissão da propriedade.

O contrato, assim, merece uma revisão de sua conceituação e alcance, mormente pela impossibilidade de manter o discurso de uma linearidade objetiva no que concerne a autonomia, por conta da necessária valoração das condutas e finalidades da atividade que sejam aptas a reconhecer a intersubjetividade. Há que transpor, como afirma Denis Franco Silva, para o campo do direito privado (especialmente do contrato) um novo conceito de liberdade, fundado em uma autonomia cooriginária e intersubjetiva, comprometido com a pessoa humana e com a ética cognitivista baseada no mútuo reconhecimento dos agentes do discurso.<sup>466</sup>

Os afazeres prospectivos de afirmação desses princípios a orientar a ordem contratual passam pela análise da boa-fé, da solidariedade e da alteridade. Todos, considerados na perspectiva civil-constitucional, de índole construtiva, sem jamais perder-se o fio condutor da funcionalização.

---

<sup>465</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.392.

<sup>466</sup> SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.161-162.

### 2.1.1 Solidariedade, alteridade e eticidade

O primeiro princípio a ser considerado como essencial aos contratos na perspectiva constitucional é o da *solidariedade*. O século XIX pode ser reconhecido como o século do individualismo, por conta da prevalência do culto à autonomia da vontade, longe da intervenção do Estado nas relações interprivadas. O século XX, ao contrário, foi marcado pela construção dos ideais de solidariedade social, mormente após as experiências da Segunda Guerra Mundial.<sup>467</sup>

O princípio da solidariedade surge objetivamente no contexto jurídico brasileiro a partir do art. 3.º, I, da Constituição de 1988, fixado como um dos objetivos da República. Construir uma sociedade solidária é, pois, um relevantíssimo dado constitucional que deve alcançar valoração jurídica maior do que tem merecido.

A par disso, nos demais incisos do art. 3.º que está situado no Título I, sob a rubrica de "Dos Princípios Fundamentais", encontram-se os temas da liberdade, justiça, desenvolvimento, redução de desigualdades e bem-estar social. Tudo isso, em uma análise conjuntural e necessariamente sistemática, pode-se afirmar, como o faz Maria Celina Bodin de Moraes, trata-se de uma conclamação dos "Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada à igualdade substancial".<sup>468</sup>

A solidariedade decorre da necessidade de convivência das pessoas no grupo social. Deriva de uma consequência não necessariamente desejada de coexistência, mas a qual não se tem como desviar. Os indivíduos convivem porque é da natureza humana que partilhem o mesmo espaço no mundo.<sup>469</sup>

---

<sup>467</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.232.

<sup>468</sup> *Ibid.*, p.234.

<sup>469</sup> No dizer de Maria Celina Bodin de Moraes: "Somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade. Ser solidário, assim, é partilhar, ao menos, uma mesma época, e, neste sentido, uma mesma história." (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.241).



Para além do antigo pensamento atrelado à caridade ou fraternidade<sup>470</sup>, a solidariedade hoje alcança *status* de princípio constitucional fundamental à realização do Direito e à salvaguarda das necessidades individuais e coletivas.

Para Paulo Lôbo,

a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras.<sup>471</sup>

A solidariedade resulta da superação do individualismo da modernidade e da consciência de que ninguém vive sozinho, devendo haver colaboração recíproca nas relações interpessoais que se projetam no trânsito jurídico, nas titularidades e no projeto parental. Em outras palavras, é o pensar no outro, é superar a crise ética do individualismo – ainda crescente – por meio do qual cada pessoa deseja seus próprios êxitos ainda que à custa do prejuízo – patrimonial ou não patrimonial – alheio.

A temática pode ser compreendida, então, a partir de duas perspectivas: como fato social do que não é possível desprender-se; ou como virtude ética de reconhecer-se no outro. Esse princípio constitucional, desse modo, identifica-se como o conjunto de instrumentos voltados para garantir a existência digna de todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.<sup>472</sup>

Émile Durkheim, que fixa a solidariedade como fato social, divide-a em solidariedade positiva e negativa. A positiva significa, genericamente, o dever de colaboração e se divide em solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica. A primeira se qualifica por incidir em um grupo social menor, que consiste em uma consciência de que todos devem promover ações que sejam, em prol do coletivo, maiores e mais intensas do que as que beneficiem a pessoa individualmente. A segunda, havida em sociedades mais complexas, que derivará da interdependência entre seus integrantes, por meio da divisão do trabalho. Em ambas, porém, deve a solidariedade

---

<sup>470</sup> ROCCA, Paolo Morozzo della. Rassegna di doutrina sul princípio di solidarietà. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Naples, v.1 e 2. p.302, jun. 1998.

<sup>471</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p.81.

<sup>472</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.243.

ser compreendida com coesão social para o progresso de todos, sob pena, se necessário, de sanção.<sup>473</sup> A solidariedade negativa, em resumo, é o dever de abstenção (oriundo, a exemplo, dos direitos reais).<sup>474</sup>

Para León Duguit a solidariedade reflete a necessidade de superação do individualismo, com a socialização das funções no grupo em que se vive. As pessoas têm direito à liberdade e à propriedade, mas com a incumbência de propiciar o bem geral. Por isso o autor trata da liberdade e da propriedade como função.<sup>475</sup>

A solidariedade, hoje, está para algo mais sensível do que a mera coesão social defendida por Émile Durkheim e o "socialismo", como superação do individualismo, de León Duguit.

Pietro Perlingieri entende que o tema da solidariedade constitucional deve ser compreendido juntamente com os princípios da igualdade e da dignidade humana e, a partir disso, discorre:

Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que 'confere a cada um o direito ao 'respeito' inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo as posições a estas correspondentes'.<sup>476</sup>

---

<sup>473</sup> Émile Durkheim, nessas nuances, ressalta que a solidariedade social é um fenômeno totalmente moral e que por si só não se presta à observação exata de algum fenômeno. Mister que seja vista a partir de fatores externos que a simbolize e a expresse. O Direito fica sendo, assim, a visibilidade externa da solidariedade. Sua justificativa está pautada no aspecto de que quanto mais os membros de uma sociedade são solidários mais mantém relações sociais diversas e o número dessas relações seria necessariamente proporcional ao de regras jurídicas que as determinam. Assim, considera que o direito reproduz todos os tipos de solidariedade social que são essenciais e seriam esses que precisavam ser conhecidos. (DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de M. Isaura P. de Queiroz. 15.ed. São Paulo: Nacional, 1995. p.32-34).

<sup>474</sup> Sobre a solidariedade negativa, relevante para este trabalho, veja as palavras do autor: "Vê-se em que consiste essa solidariedade real: ela liga diretamente as coisas às pessoas, mas não as pessoas entre si. A rigor, podemos exercer um direito real crendo-nos sozinho no mundo, fazendo abstração dos outros homens. Por conseguinte, como é apenas por intermédio das pessoas que as coisas são integradas na sociedade, a solidariedade que resulta dessa integração é totalmente negativa." (*Ibid.*, p.91).

<sup>475</sup> DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis de code napoleon**. Paris Alcan, 1912. p.145.

<sup>476</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.37.

Dada toda essa estruturação explicativa acerca do conteúdo do princípio da solidariedade, resta inseri-la na perspectiva do direito de propriedade, sob o viés civil-constitucional. É necessário que se enxergue a aquisição da propriedade imóvel a partir desta base metodológica solidarística, crítico-prospectiva<sup>477</sup>, que possibilite vivenciar a alteridade como pressuposto ético – ambos os temas serão estudados adiante – e a justiça social como finalidade a ser atingida em cada caso concreto.

No dizer Pablo Malheiros da Cunha Frota:

O princípio da solidariedade constitucional conforma a liberdade individual para que se chegue à justiça social e à igualdade material, pois impõe ao Estado a realização de políticas e aos particulares deveres recíprocos em vista do bem comum. Supera o individualismo jurídico e desenvolve a função social dos institutos e dos poderes jurídicos.<sup>478</sup>

Na perspectiva de sua incidência sobre os contratos – que conduzirão à propriedade – Paulo Nalin entende que a atenção deve estar presente tanto na formação quanto na definição do negócio, pois corrige as autonomias privadas envolvidas na relação jurídica, constituindo-se como imperiosa a colaboração recíproca entre seus participantes.<sup>479</sup>

Esse autor traz à baila a consideração do princípio pelo direito italiano, que busca aproximar a solidariedade ao princípio da "correttezza", ou seja, um juízo de correção, de exatidão e de honestidade, presente no art. 1175 do Código Civil<sup>480</sup> daquele país. Da mesma maneira, informa que o relacionamento entre "correttezza"

---

<sup>477</sup> Nas palavras de Luiz Edson Fachin: "Defendemos, pois, essa dimensão prospectiva do texto constitucional, relevante para ser pólo irradiador de eficácia às relações jurídicas de titularidade, do trânsito jurídico e do projeto parental. Em tal plano privilegiado, tem especial *locus* os princípios constitucionais fundamentais, quer no sentido promocional de ações e políticas públicas, quer para servir de limite que extrapole a força natural de expansão dessa principiologia axiológica de índole constitucional." (FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.9).

<sup>478</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p.186.

<sup>479</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.177-178. Na edição italiana, p.161-162.

<sup>480</sup> "Art. 1175. *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.*"

e solidariedade é inevitável na Itália, visto que se funda, inclusive, na Constituição Federal italiana, em seu art. 2.º. E conclui:

*Correttezza, boa-fé e solidariedade fazem parte de uma qualificada tríade principiológica instigadora de um verdadeiro 'richiamo', ou seja, 'de um chamamento de atenção dos contratantes', pra que fiquem atentos às suas recíprocas práticas contratuais, pois são formativas da economia e da produção nacional.*<sup>481</sup>

De fato, na análise da doutrina italiana o princípio da solidariedade tem expressivo valor notadamente por, como no Brasil, merecer destaque na Constituição e por ser um dos marcos básicos de regramento contratual das condutas.

Pietro Perlingieri, nesse contexto, orienta que as situações subjetivas podem sofrer limitações intrínsecas por conta de cláusulas como a ordem pública, a lealdade, a diligência, a boa-fé, que, para o autor, são todas expressões gerais do princípio da solidariedade.<sup>482,483</sup>

Em relação às titularidades, a partir dessa ideia, ultrapassa-se o protótipo do direito subjetivo à propriedade (típico do liberalismo), deixando de ser um espaço extremamente delimitado à ampla liberdade do dono sobre seus bens, para atribuir conteúdo funcionalizado, respeitando-se os direitos dos não proprietários em alcançar, ainda que fora da exclusiva letra da lei, direitos sobre os bens jurídicos.

A função social do contrato – que logo mais será visitada em detalhes – é um dos fundamentos da possibilidade de, a partir do critério solidarístico, cumprir a missão constitucional de acesso à propriedade imóvel aos não proprietários. Em outras palavras, considerado como "não proprietário" aquele que tem título justo – contrato – mas não é proprietário pela falta do cumprimento objetivo do registro, na forma do 1245 do Código Civil pátrio.

---

<sup>481</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.179. Na edição em italiano, p.163.

<sup>482</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.122.

<sup>483</sup> Outras referências sobre a solidariedade no direito italiano: GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. 6.ed. Naples: ESI, 1996. p.530; LIPARI, Nicolò. Spirito di libertà e spirito di solidarietà. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p.1-25, 1997.

Pode-se mencionar como exemplo a situação do comprador do imóvel que, mesmo após a finalização do contrato, por escritura pública, com o pagamento do preço e a conclusão de todos os aspectos das manifestações de vontade, pelo simples fato de não atender ao legalismo do registro, pode ser surpreendido com o registro de outra escritura sobre o mesmo bem.

Aquele que registrar primeiro é o dono. É a descrição individualista, abstrata e formalista do Código brasileiro. Sob os auspícios da efetivação do princípio da solidariedade, o Judiciário deverá reconhecer como dono aquele que demonstrar a melhor boa-fé – no caso presente o primeiro contratante – por fazer-se indispensável prevalecer um dever geral solidário de não prejuízo ao outro, o que é possível de constatação na sensibilidade de cada caso concreto.

Nessa consideração de concretude, todos os elementos que envolvem a situação devem ser objeto de apreciação constitucional e ética.

As demandas sociais complexas não se enquadram mais no antigo e simplificado juízo silogístico. Os novos acontecimentos, especialmente no Direito Civil, estão para além da letra da lei e não se permitem meramente "encaixar-se" no texto positivado. Negar-se a alguém um bem da vida de tamanho relevo como a titularidade proprietária, pelo único motivo de não atender a um requisito legal burocrático e absolutamente questionável como o registro, sem que lhe seja possível a demonstração de suas razões, é fazer das promessas constitucionais algo meramente figurado, na medida em que se descumpre um dos mais importantes objetivos da República, que é o de construir uma sociedade justa e solidária.

Luiz Edson Fachin auxilia na reflexão quando orienta que:

Sob um prisma solidarista, posto o custo humano da ausência da proteção aqui sustentada, recheado de valores não patrimoniais, a garantia de um patrimônio mínimo a todos está na constitucionalização do Direito Civil, juntamente com os demais institutos civilistas, caminhando rumo à repersonalização, devido à despatrimonialização operada pela Constituição Federal (base dos princípios fundamentais do atual ordenamento jurídico brasileiro).<sup>484</sup>

---

<sup>484</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.249.

O formalismo da lei deverá ser relevado, por decisão coerente e fundamentada, em nome da justiça do caso concreto, que permita a realização do ânimo constitucional de construir uma sociedade justa e solidária.

Paulo Nalin, a esse respeito, deixa relevante lição:

O apelo ao pensamento tópico, imposto pelo cânone da solidariedade, não pode ser desprezado pelo juiz, escapando dos limites contratuais, especialmente na relação de adesão, em que a vontade contratual é fria e artificial. A solidariedade há de ser posta em experiência, a cada momento da relação jurídica, da pré-contratação à pós-execução. Tal desenho pragmático da solidariedade remete o intérprete do Direito em geral, especialmente o juiz, ao relevante posto de personagem central na sua descrição, pois não será o legislador e, tampouco, o executor das leis, quem o fará.<sup>485</sup>

A ideia de tópica, como reflexão do Direito a partir de problemas, pode ser objeto de edificante estudo com a leitura de Karl Popper e, de forma especial, Chain Perelman, quando trata do que denomina "lógica do razoável", ou seja, na concretude da situação jurídica é que localizarão as razões e os limites da aplicação do Direito.<sup>486</sup> A solidariedade contratual, portanto, como geradora de consequências em relação à transferência de titularidade imóvel, necessita de aplicação direta e pontual aos casos concretos em debate, especialmente na análise do comportamento dos litigantes, visando conhecer-se qual deles agiu, em relação ao outro, egoisticamente, infringindo dever de respeito na situação específica da aquisição imobiliária.

Não é demais repisar, assim, que o fundamento da solidariedade é um dos referenciais de superação do individualismo, tanto nas titularidades, quanto no trânsito jurídico e no projeto parental.

---

<sup>485</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.187. Na edição italiana, p.169-170.

<sup>486</sup> Desde Popper já se sabe que a pesquisa e a solução jurídica dos casos não nascem meramente da observação, mas da resolução de problemas que frustram a teoria. Perelman registra que o século XIX foi marcado pelo formalismo, enquanto o século XX guarda o tempo do realismo e do pluralismo. Assim, deve-se reconhecer a necessidade de prestígio ao papel criativo do juiz nos casos concretos – para além do casuismo – mas apropriando-se de uma perspectiva tópica e linguística. Neste sentido, vide: POPPER, Karl. R. **A lógica da pesquisa científica**. 16.ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p.111; PERELMAN Chaïm. **À propôs de la règle du droit**. Buxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971. p.322.

Para concluir esse pensamento acerca da solidariedade, é de grande relevância mencionar, novamente, Maria Celina Bodin de Moraes quando trata das diferentes – e importantes – percepções sobre o assunto:

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de 'não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito'. Esta regra, ressalte-se, não possui qualquer conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade.<sup>487</sup>

Como forma de complemento e densificação da proposta contida no princípio da solidariedade outro princípio entra em cena: o da *alteridade*, que é o segundo a ser objeto de apreciação.

Alteridade<sup>488</sup> indica a ideia de relação, no sentido de que as pessoas são responsáveis umas pelas outras. É ver-se no próximo. A solidariedade, a alteridade e a boa-fé caminham juntas e se completam.

Derivam, todas, da coexistencialidade, da existência da pessoa a partir do ser coletivo, mas que, também, necessita resguardar suas liberdades para a atuação individual. O individual, no entanto, prevaleceu em excesso na modernidade e, ainda que muito se discursasse no sentido da reciprocidade de atenções, são deveras superficiais os resultados de preocupação com o próximo, especialmente nas relações de cunho patrimonial.

Existe em curso, na repersonalização do Direito Civil, a proposta de conceder-se primazia a cada um dos interesses e das necessidades dos contratantes, superando-se o pensamento unicamente de benefício próprio, do "eu", visando a alcançar-se o múltiplo, das partes e de terceiros. Trata-se da alteridade no sentido de prática do "nós", como explicitação de uma liberdade dotada de conteúdo ético.

---

<sup>487</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.241-242.

<sup>488</sup> Para Ricardo Timm de Souza: "Alteridade": o latim 'alter': outro. Alteridade é a condição de outro em relação a mim." (SOUZA, Ricardo Timm de. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.141).

Para Emmanuel Lévinas, a alteridade está no respeito absoluto ao outro:

A ética, o cuidado reservado ao ser do outro-que-si-mesmo, a não-indiferença para com a morte de outrem e, conseqüentemente, a possibilidade de morrer por outrem, chance de santidade, seria o abrandamento desta contração ontológica que o verbo ser diz, abrindo a ordem do humano, da graça e do sacrifício.

Esta inversão humana do em-si e do para-si, do "cada um por si", em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessável – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto de outrem. Por trás da postura que ele toma – ou que suporta – em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez sem defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoal, do eu ao outro, que o "acontecimento" ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima do ser.

O que dizer então de humanidade na sua multiplicidade? O que dizer, ao lado do outro, do terceiro e, com ele, de todos os outros? Esta responsabilidade para com o outro que se defronta comigo, esta resposta ao rosto do próximo poderá ignorar o terceiro que é também meu outro? Não me diz respeito ele também?<sup>489</sup>

É nessa perspectiva de respeito ao outro que se realizará a efetivação da justiça social no caso concreto, ou seja, na sensibilidade em perceber-se se o contratante pensou e respeitou o outro na atividade pactuante.

Volte-se, uma vez mais, ao que se discutiu a respeito da ideia de função como liberdade, totalmente adequado a este momento de reflexão, com as palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: "os institutos de Direito Civil têm entre suas funções a proteção e o incremento da liberdade coexistencial."<sup>490</sup>

Por isso pode-se dizer que a alteridade e a solidariedade constitucional guardam, entre si, aspecto de complementação de objetivos. A cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais não se conduzem apenas ao coletivo, mas a cada pessoa, nas relações de interação, quer por contrato, quer por outro fenômeno de vinculação.

---

<sup>489</sup> A lição de Emmanuel Lévinas é indispensável na análise da alteridade, posto que suas reflexões são resultado das próprias experiências com o nazismo, uma vez que viveu por um período em um campo de concentração. (LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. 3.ed. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto *et al.* Petrópolis: Vozes, 2004. p.266-269).

<sup>490</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.167.



Na presente tese, a perspectiva de alteridade se confirma, na exata necessidade de superação da desconfiança social, ou seja, a segurança deve nascer não da formalidade do registro de um contrato de transmissão imobiliária, mas da proteção do não proprietário, a partir do respeito recíproco, o que permite o livre desenvolvimento das personalidades de cada qual no âmbito negocial, suprimindo-se a necessidade de burocratização das realidade da vida, por sistemas abstratos e, em verdade, não mais dotados de tamanha segurança.

Trata-se de reconhecer na coexistência a possibilidade de confiança na ligação entre as pessoas, ainda que para além do contrato, reconhecendo-se que a pessoa concreta somente o é em relação, e esta relação da mesma maneira se conhece – para sobre ela poder-se tomar alguma decisão – concretamente.

Possível, de tudo isso, concluir que a alteridade é dado relevante a ser considerado na análise do contrato, especialmente porque permite e ao mesmo tempo limita a esfera de liberdade e autonomia, pelo fato de impor uma regra de ordem ética na atividade levada a efeito.

Ao trazer-se a alteridade como pressuposto, o intérprete conhecerá a concretude da realidade das partes, e terá facilidade acentuadamente maior na formação de um juízo decisório sobre os fatos.

Não é facultado ao intérprete pensar abstratamente na existência de uma igualdade formal entre os contratantes, visto que, apesar da relação de coexistência, os poderes e possibilidade de cada um, em virtude das peculiaridades de vida, são diferentes. Por isso a relevância em visualizar se houve, ou não, o respeito mútuo das promessas negociais. Desconsidera-se a abstração e passa-se à concretização, uma vez que as pessoas, ao conviver, ganham um pouco do outro e a este igualmente entregam um pouco de si.

A constante relação entre as pessoas – necessária e impossível de se evitar – faz necessário que, no dizer de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, se acolha a ideia de "liberdade plural", nos sentidos negativo, positivo, formal e substancial. Essa pluralidade é o que protege as relações na intersubjetividade. As subjetividades são construídas reciprocamente, com o respeito de um pelo outro.<sup>491</sup>

---

<sup>491</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.342-345.

A necessidade de efetivação do Estado justo e solidário passa pela alteridade e vai ao encontro da tutela constitucional concreta, crítica e prospectiva da dignidade humana, vista na alteridade, que se efetiva no reconhecimento fático de que a liberdade de alguém termina no momento em que se inicia a liberdade do outro.

Ricardo Timm de Souza ao tratar da alteridade como o "encontro" com o "outro" afirma que esse encontro significa "permanecer disposto" ao outro, o que corresponde a um reinício do processo de compreensão do mundo, com fundamento na ética. Para esse autor, a ética supera a "lógica da inteligência", fazendo necessária uma "racionalidade ética" que se verificará na lógica da "racionalidade do encontro com o outro".<sup>492</sup>

A partir dessa lição, torna-se possível objetivar, aqui, um exemplo de ética da alteridade: cumprir o contrato ou valer-se dos poderes proprietários sem imaginar tão somente a própria situação de vantagem, mas, para muito superior a isso, prever e auxiliar a outra parte nas realizações dos objetivos atinentes à patrimonialidade, com vantagens para todos.

É, de fato, transitar da lógica da "inteligência" para a lógica do "encontro". A lógica chamada inteligente é a da vantagem, do melhor resultado, ainda que em prejuízo do próximo. A lógica do encontro, ao contrário, significa a busca de objetivos comuns e proveitosos aos envolvidos. Para Aloísio Krohling:

---

<sup>492</sup> Veja o pensamento do autor, que em muito orienta um repensar das condutas das partes contratantes, proprietárias e não proprietárias: "Assim, 'encontro', significa aqui, em primeira linha, permanecer *disposto ao Outro, ou seja, ao ainda-não-conhecido*. O que com isso se quer dizer é não somente uma das coisas mais fáceis de pensar como uma das mais difíceis de realizar. Pois esta *disponibilidade* sinaliza que eu me encontro em uma posição que pode ser radicalmente colocada em questão, em uma situação de insegurança, pelo mero aparecer da Alteridade. E isto porque desde o Outro não provém nenhuma promessa de conciliação, mas a constatação do fato de que a totalidade de minhas concepções é incapaz de lhe fazer justiça. *Não posso explicá-lo, posso apenas me relacionar com ele*. O Outro, que não está simplesmente postado à minha frente, que não é, em relação a mim, nenhum objeto, mas que vem até mim, indica, na medida em que permanece outro um acontecimento novo, inusitado, traumático. Isto significa, por sua vez, não apenas uma radical insegurança de minha parte, mas também – e primordialmente – a possibilidade, ou ainda a necessidade positiva, de um novo começo. Pois eu preciso reiniciar o processo de compreensão do mundo no qual o encontro se deu, já que minhas representações e cosmovisões, suficientes que eram para o conforto da minha anterior posição lógica, são incapazes de tratar o acontecimento que o surgimento do outro em meu mundo significa. A petica exige, por assim dizer, uma *outra lógica que a lógica da inteligência*, e com isso se quer indicar que o ético – expresso no encontro real – exige uma outra racionalidade, diferente daquela que eu uso normalmente para lidar com as coisas e os conceitos – a saber, uma *racionalidade ética*, ou, em termos mais simples, uma racionalidade do encontro com o outro." (SOUZA, Ricardo Timm de. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.141).

É a filosofia da ética que vê no outro, não um inimigo, mas o Rosto na sua infinitude, que provoca e possibilita um intercâmbio diatópico, onde cada interpelante deixa o seu lugar, abrindo espaço para acolher face a face o estranho, o estrangeiro, o órfão: Assim, acontece a proximidade para a abertura da justiça nas relações entre eles. A justiça, então, está intimamente ligada à ética da responsabilidade pelo acolhimento do outro sem condições prévias.<sup>493</sup>

A justiça social, a partir da solidariedade e da alteridade, portanto, será a que consiga equilibrar os interesses das partes em discussão, em uma efetivação da ideia de igualdade substancial, pois um Estado que concretize essa harmonia será considerado justo.<sup>494</sup>

A densificação da alteridade é caminho valorativo para a formação da decisão de eficácia e amplitude de possibilidades ao contrato, com o aumento da liberdade capacitatória das partes, visando garantir ao titular o reconhecimento, para além da abstração do art. 1245 do Código Civil, do direito à propriedade imóvel sem registro.

Por fim, mas não menos importante, está o princípio da eticidade, que, qualificado pela ideia de boa-fé, guarda total sintonia com os dois anteriormente mencionados. O ser ético é o que respeita o próximo e age em conformidade com o que a sociedade, e o outro, esperam dele. Não se trata de perfeição, mas do esforço envidado para o cumprimento dos compromissos juridicamente relevantes no convívio social.

Judith Martins-Costa, após concluir que a autonomia privada se mostra insuficiente para explicar a existência dos deveres funcionais de proteção e colaboração na esfera contratual, pontua que, compondo a relação obrigacional como uma realidade concreta, a declaração negocial não se funda na autonomia da vontade, mas na boa-fé objetiva.<sup>495</sup>

A autora alude, ainda, que a boa-fé objetiva "subverte" e transforma o direito obrigacional clássico, na medida em que rompe com o ideal moderno de certeza, destinando a solução do caso a algum conteúdo que "não pode ser rigidamente fixado" e que dependerá, sempre, da concretude das circunstâncias de fato. Por isso,

---

<sup>493</sup> KROHLING, Aloísio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p.103-104.

<sup>494</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p.196.

<sup>495</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 2.ª tir. São Paulo: RT, 2000. p.408.

a boa-fé objetiva é norma "proteifórmica", que convive necessariamente com sistemas jurídicos abertos, para que seja possível sua permanente reconstrução e controle.<sup>496</sup>

Cabe, por coerência, distinguir boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Judith Martins-Costa, em suma, explica que a subjetiva denota um "estado de consciência", que conduz o intérprete a considerar a intenção da pessoa em seus aspectos psicológicos e íntimos. Já a boa-fé objetiva está qualificada como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na valorização dos interesses do outro.<sup>497</sup> Esta, portanto, encontra-se na seara da externalidade e reflete a lealdade na participação das atividades cotidianas.

Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro explica que a boa-fé necessita de um sistema aberto para existir, mas prevê a solução tópica, na resolução dos conflitos, apenas excepcionalmente. Acompanhe-se o pensamento do autor:

A sistematicidade do Direito não deve ser confundida com a presença de um sistema axiomático-dedutivo, fechado e pleno; por três razões: o sistema jurídico não se compõe de axiomas, base da dedução, é aberto e não se esgota o espaço jurídico admitindo, ainda, fracturas internas. O axioma é uma proposição dotada de veracidade absoluta da qual, por implicação dedutiva lógica, se retirariam, depois, proposições inferiores e, por fim, decisões concretas. Não pode negar-se a existência no ordenamento, de princípios ou vectores que, por prescindirem, nas suas pretensões de validade, de qualquer fundamentação, originam argumentos absolutos ou disso próximos; pensa-se no princípio da igualdade ou nas normas plenas que, como as que prescrevam determinadas formas para certos actos jurídicos, não comportem reduções teleológicas. Tais ocorrências são excepcionais. Por regra, as proposições que integrem o sistema devem ser entendidas pelo prisma dos objectivos que prossigam, tendo, por isso, uma validade limitada pelo seu escopo e, de modo mais profundo, pelos resultados que concitem, determinados à luz da sinéptica. A complexidade das situações a resolver provoca, em cada modelo de decisão, a candidatura dessas proposições, em complementariedade ou em concurso, numa conjugação inequacionável com recurso ao mero pensar dedutivo. Deste modelo e um tanto na linha de CANARIS, aponta-se para uma ideia de sistema como ordem teleológica, formada por princípios jurídicos, atentas as particularidades destes: não valem sem exceção, podem entrar em oposição ou em contradição, não têm pretensão de exclusividade, admitindo que um mesmo efeito, com consequências similares, seja alcançado por vectores diferentes, adquirem um sentido próprio e requerem, para a sua realização um concretizar através de subprincípios e valores singulares, dotados de conteúdo material próprio. Mas esta ideia de sistema, de feição teleológica e orientada para o avaliar das consequências da sua aplicação, num esquema cibernético rico em resultados e obtida com recuso aos

---

<sup>496</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 2.<sup>a</sup> tir. São Paulo: RT, 2000. p.409-413.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p.411-412.

princípios, entendidos como proposições dotadas das características apontadas, filha, como é, da História e inflectida por necessidades imperiosas de redução rígida, em certos sectores, da complexidade social, deve ser complementada. O sistema compreende, ainda, certos axiomas, dotados, como se disse, de uma pretensão absoluta de validade auto-suficiente e cuja autoridade, quando introduzidos num modelo de decisão, é de tal ordem situação que, na prática, permite abdicar de quaisquer outros factores, numa situação próxima da dedução-subsunção; abrange, de igual modo, proposições simples, rígidas, que não correspondem a princípios nem, pela extensão parca, a axiomas. Portanto: composto de princípios, que lhe dão o seu cunho basilar, o sistema comporta alguns axiomas e até simples normas, insusceptíveis de reduções mais elevadas.

Esta concepção permite apontar, no sistema, alguns traços fundamentais que, não conduzindo ao pensamento problemático puro, o colocam longe do dedutivismo axiomático, ingenuamente conectado, tantas vezes, com o discurso sistemático. O sistema é aberto, em termos extensivos e intensivos. Extensivamente, a abertura do sistema traduz-se na sua não plenitude: ele não nega a problematidade exterior. As questões que lhe sejam alheias – para as quais, portanto, não haja, cristalizada num princípio, qualquer redução dogmática operacional – deverão, em certas condições, ser objeto de colocação, procurando-se-lhes uma decisão. Intensivamente, o sistema compatibiliza-se, mesmo nas áreas cuja cobertura ele assegure, com a inclusão de elementos materiais que lhe sejam estranhos: a necessidade de concretização sofrida pelos princípios requer um preencher com os valores e referências materiais que podem ser estranhos ao sistema. E mesmo quando tais elementos, utilizados para o preenchimento de princípios, correspondam a factores intra-sistemáticos, pode suceder, em nova manifestação de abertura intensiva, que devam, pelo intérprete-aplicador, ser manuseados sem a adstrição particular que adviria de uma ligação permanente aos pontos de vista unitários que orientam o sistema.<sup>498</sup>

Judith Martins-Costa prefere a conjugação entre o pensamento tópico e o sistemático, que denomina "o novo pensamento sistemático".<sup>499</sup> Nesse sentido, afirma:

Como bem lembra Giuseppe Zaccharia, ao pensamento problemático 'cabe o relevante papel de estímulo do desenvolvimento da opinião jurídica a partir do caso', derivando a sua fecundidade das possibilidades produtivas e criativas de uma relação que considera a dimensão histórica em que os problemas se movem, precedente a toda estruturação sistemática do direito; ao pensamento sistemático, ou dedutivo-conceitual, por seu turno, incumbe 'a função, logicamente subsequente, de tornar racionalmente verificáveis as decisões singulares e de organizar a totalidade em um sistema', através da instituição de laços de conexões entre os problemas.  
[...]

---

<sup>498</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 3.<sup>a</sup> reimpr. Coimbra: Almedina, 2007. p.1259-1261.

<sup>499</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 2.<sup>a</sup> tir. São Paulo: RT, 2000. p.364.

Esta conjugação aponta ao 'novo pensamento sistemático', o qual assenta no reconhecimento de sua abertura externa e mobilidade interna. Considerado o sistema de um modo aberto e móvel, pode-se afirmar que ciência do direito 'é predominantemente sistemática, mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos'.<sup>500</sup>

Marcos Augusto Albuquerque Ehrhardt Junior, sobre o assunto, explica que:

É fácil perceber que a boa-fé está relacionada aos fatores socioculturais de um determinado lugar e momento, refletindo a realidade que informa a ordem jurídica na qual está inserida. No entanto, tal constatação dificulta sua análise e, sobretudo, a comparação de sua utilização nos diversos ordenamentos jurídicos.<sup>501</sup>

A postura ética, de boa-fé, que se espera na condução do contrato e das demais relações do Direito, então, significa a retidão de conduta, também configurada na lealdade, que tem seu espaço delineado em sintonia com a solidariedade e a alteridade. É o refletir sobre o respeito e as expectativas do parceiro contratual, assim como de qualquer outra pessoa envolvida na atividade relacional.<sup>502</sup>

---

<sup>500</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 2.ª tir. São Paulo: RT, 2000. p.376-377.

<sup>501</sup> O autor, ainda, faz um paralelo, em nota de rodapé, com algumas experiências colhidas do direito italiano, francês e Canadense (da Província de Quebec): "Se se analisar a experiência italiana, ver-se-á que a boa-fé é tratada em diversos dispositivos legais ao longo do Código, merecendo destaque o disposto nos arts. 1.375 ("*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*"), art. 1.366 ("*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*"), sobretudo no art. 1.358, assim redigido: "*Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione resolutive, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte (1175, 1375)*". No sistema francês, o tema vem disciplinado no capítulo relativo aos efeitos das obrigações, especificamente no art. 1.134: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*". O Código de Quebec trata da boa-fé em seu art. 6.º ("*Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi*") e art. 7.º ("*Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.*") (EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.18, n.2, p.552 e nr., maio/ago. 2013).

<sup>502</sup> Neste sentido, Claudia Lima Marques: "Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes." (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: RT, 2004. p.181-182).

Como o Direito Civil, mormente em sua acepção constitucional, considera a pessoa em primeiro lugar, a densificação dos princípios que valorizam e tutelam essa dimensão existencial se torna indispensável. Por esse motivo, quando da efetivação dos princípios constitucionais nas situações concretas, importante guardar sintonia com a boa-fé, uma vez que esta ressalta a dimensão ética da aplicação jurídica, com base no dever geral de colaboração e no não abuso das potencialidades humanas.

A boa-fé subjetiva ("boa-fé crença"), portanto, está no âmbito da intimidade e do desconhecimento de determinada circunstância. A boa-fé normativa (objetiva), por sua vez, diz respeito à lealdade e à legítima expectativa do sujeito ("boa-fé lealdade").<sup>503,504</sup>

Oportuna a contribuição de Teresa Negreiros ao distinguir as situações de "estar de boa-fé" e de "agir com boa-fé". A primeira trata da esfera subjetiva, pois a parte ignora qualquer situação e, por isso, não atua, apenas "está". Menciona o exemplo do terceiro de boa-fé que compra um bem de pessoa excluída da herança. Na segunda hipótese, a atuação da pessoa não se conduz pelos deveres oriundos da eticidade. Ao realizar algo, deixa de simplesmente estar, passando a "agir".<sup>505</sup>

Joaquim de Souza Ribeiro, ainda que avesso a construção civil-constitucional, por preferir a via legislativa como ambiente de compleição das hipóteses jurídicas, atribui à boa-fé um contexto de "maleabilidade" que permite servir de manto normativo a uma adequada ponderação de bens constitucionalmente protegidos, em situações de disparidade no poder negocial.<sup>506</sup>

---

<sup>503</sup> EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.18, n.2, p.551-586, maio/ago. 2013. p.554.

<sup>504</sup> Fica fácil diferenciar, com as exatas palavras de Eduardo Luiz Bussatta: "A boa-fé objetiva, positivada pelo Código Civil, para a aplicação em todos o ramo obrigacional, importa na imposição às partes de observar a lealdade, a honestidade, respeitando a confiança legitimamente depositada. Difere da boa-fé subjetiva, uma vez que esta não importa em dever de conduta, mas somente em um estado de consciência de não estar lesando direito alheio. (BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.135).

<sup>505</sup> NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.224-227.

<sup>506</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. A constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v.74 [Separata], p.748-749, 1998.

A par do que até aqui se expôs sobre a boa-fé objetiva, cabe, agora, traçar seu conteúdo, que se permite conhecer a partir de suas funções. Franz Wieacker aponta três funções dessa espécie de boa-fé, que analisa a partir da interpretação do parágrafo 242 do BGB: a) servir de plano legal para a ordenação hermenêutica de aplicação aos casos;<sup>507</sup> b) criar uma máxima conduta ética das partes na relação jurídica;<sup>508</sup> c) ser utilizada como meio de ruptura ético-jurídica do "direito legal".<sup>509</sup>

Essas três nuances que envolvem a boa-fé, na leitura da doutrina brasileira, conduzem a orientar uma "função hermenêutico-integrativa" e "criativa de direitos e deveres" (a interpretação do comportamento das partes no que se refere a direitos e deveres nas atividades relacionais) e uma "função defensiva" (limitação ao exercício dos direitos subjetivos).

Judith Martins-Costa é quem enumera as funções hermenêutico-integrativas e de criação de deveres acessórios de conduta. Sobre a perspectiva hermenêutica, explica que a boa-fé serve para contribuir na compreensão (interpretação) de situações peculiares das atividades em desenvolvimento, integrando as intenções das partes aos contextos jurídicos, com vistas à tomada de decisão. No campo da criação dos deveres acessórios de conduta, a autora esclarece que a distinção é meramente didática, uma vez que os deveres acessórios já decorrem da própria interpretação e integração das situações jurídicas e fáticas em análise.<sup>510</sup>

No que pertine à função defensiva, terceiro aspecto da boa-fé, Clóvis do Couto e Silva explica que consiste na averiguação dos comportamentos das partes durante o contrato, para evitar que se extrapole os limites dos direitos de cada participante, coibindo abusos.<sup>511</sup>

---

<sup>507</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. 2.<sup>a</sup> reimpr. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas 1986. p.53-59.

<sup>508</sup> *Ibid.*, p.59-74.

<sup>509</sup> *Ibid.*, p.74-85.

<sup>510</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 2.<sup>a</sup> tir. São Paulo: RT, 2000. p.428-455.

<sup>511</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.33-58.



Sobre a denominada tríplice função da boa-fé objetiva, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber são claros:

O que resta claro, todavia, é que a boa-fé não pode servir a qualquer fim. A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.<sup>512</sup>

[...]

A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos.<sup>513</sup>

A boa-fé objetiva, também, é um dos critérios dimensionadores da função social do contrato e, ao mesmo tempo, limitador de sua incidência nas atividades relacionais.

O Código Civil de 2002<sup>514</sup> não estabeleceu uma forma específica de aplicação da boa-fé, deixando a tarefa na discricionariedade do julgador, a quem caberá analisar a situação concreta, o comportamento usual das partes no caso pontual, a honestidade e a lealdade que se espera em hipóteses assemelhadas.<sup>515</sup>

Pablo Malheiros da Cunha Frota, por fim, orienta:

A boa-fé é dever contratual geral que moraliza o contrato, já que devem as partes agir com honestidade, com lealdade (Enunciado CJF 26), com lisura, com probidade na fases contratuais, sem que uma das partes obtenha com o pacto vantagens desmedidas, respeitando-se a legítima expectativa dos contratantes, mesmo que não haja previsão legal ou contratual.<sup>516</sup>

---

<sup>512</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.35-36.

<sup>513</sup> E continuam: "Estes deveres anexos, todavia, não incidem de forma ilimitada. Seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada." (*Ibid.*, p.37).

<sup>514</sup> A boa-fé como cláusula geral encontra lugar no CC 2002, especialmente, nos arts. 113, 187 e 422.

<sup>515</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p.35.

<sup>516</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p.209.

A conclusão a que se chega, no contexto geral dessas ideias, é que o contrato não mais se afeniza com o modelo construído nos oitocentos, fundado primordialmente na autonomia da vontade, no individualismo e na *pacta sunt servanda*.

Paulo Nalin entende que o conceito de contrato na pós-modernidade tem a seguinte conformação:

O axioma proposto (contrato é uma relação complexa solidária) leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, um contrato funcionalizado e destinado à realização de valores outros que não, somente, os patrimoniais. Para tanto, é indispensável a superação da clássica cultura do direito subjetivo de crédito *versus* o dever jurídico de débito, estando a relação jurídica ante encimada na sua complexidade, sendo o estado de crédito ou de débito uma simples fração da relação contratual: credor não é credor, mas *está* credor em dado momento da relação, igualmente valendo tal relatividade de posição para o devedor. A identificação da complexidade da relação também se destina ao seu reconhecimento e à superação de um contrato identificado em seu momento do acordo de vontades. Muito para além desta ocasião temporal, conforme visto nas breves incursões sobre a boa-fé, o contrato, por força da atual orientação principiológica, está em todos os momentos da relação e não somente no início, quando da manifestação de vontade, que ocupa, nestes tempos pós-modernos, breve conotação de impulso contratual.<sup>517</sup>

Possível, por conseguinte, conceituar contemporaneamente o contrato como uma atividade complexa, que se dirige às finalidades das partes, sem prejuízo e com a participação possível de terceiros em seus efeitos, com mútua responsabilidade pelos resultados e densificado nos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais.

Alcançada essa análise conceitual, fundacional e principiológica, apta a subsidiar uma visão constitucionalizada do contrato, como pacto dotado de respeitabilidade e cooptação de interesses entre as partes e perante terceiros, em um ambiente de solidariedade, de alteridade no trato das situações subjetivas recíprocas e de boa-fé como elemento primordial na interpretação da atividade relacional, cabe, agora, retornar à teoria da separação dos planos, com vistas a demonstrar sua superação (ainda que hermenêutica).

---

<sup>517</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.254. Na edição italiana, p.230.

## 2.2 CRÍTICA À SEPARAÇÃO DOS PLANOS: A COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O Direito Civil brasileiro, a partir da opção veiculada no Código Civil de 1916 e ratificada no de 2002, previu a separação dos planos obrigacionais e reais como sistema base a orientar a negociação e transferência da propriedade imóvel.

Tal escolha se funda no fomento da segurança do mercado financeiro da época, assim como a proteção dos proprietários de latifúndios rurais, sob o manto da ideologia burguesa. O registro, que é o segundo momento na separação (relativa) dos planos e, por conseguinte, conclui a relação com a eficácia real, é a segurança (suposta) esperada.

Vale lembrar que o sistema adotado pelo direito imobiliário pátrio não é unânime, e as poucas manifestações em sentido contrário são tímidas.

Interessante crítica à distinção entre relações reais (absolutas) e obrigacionais (relativas) é formulada por Pietro Perlingieri:

*Situações absolutas e relativas.* – A distinção entre situações absolutas e relativas frequentemente é identificada injustamente com aquela entre situações reais e situações de crédito. Tal identificação é desmentida pela mesma doutrina tradicional quanto especifica que existem direitos não-patrimoniais, os chamados direitos da personalidade, que seriam absolutos apesar de não serem reais.

Esta distinção freqüentemente é baseada na eficácia ou na oponibilidade: a situação absoluta seria aquela eficaz – ou oponível – em relação a todos, aquela relativa seria eficaz – ou oponível – somente em relação a determinados sujeitos. Objetou-se que eficácia e oponibilidade são aspectos do fato jurídico e não da situação subjetiva.<sup>518</sup>

A opinião do autor italiano se pauta na fundamentação da existência da teoria a partir de seus dois principais efeitos: o direito real como absoluto e o pessoal como relativo; a eficácia (do real) perante terceiros, a partir da publicidade típica do registro.

A crítica procede em ambos os sentidos. A primeira, porque é fato que existem direitos de caráter obrigacional que são absolutos, como é o caso dos direitos de personalidade, em especial com sua configuração constitucional vinculada à dignidade

---

<sup>518</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.140.

humana. A segunda, pelo motivo de que, realmente, a oponibilidade se refere à natureza do fato e não a seus elementos subjetivos.

Essa referência de máxima importância – vez que Perlingieri é considerado como precursor do que trata por "Direito Civil na legalidade constitucional" – é a inicial reflexão a promover-se no sentido da superação do modelo de separação, especialmente a tratada como "relativa" no Brasil.

Thomas Kuhn é referência quando o assunto gira em torno de alterações de modos de pensar e agir nas sociedades, ao que chama de revoluções científicas. Afirma que a alteração de um paradigma acontece quando "deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma."<sup>519</sup>

O paradigma proprietário individualista, baseado na abstração e no poder absoluto, exaustivamente analisado nesta tese, está superado. A funcionalização da propriedade e do contrato, o novo conceito de contrato a partir da atividade (e não mais dos atos e negócios), juntamente com os princípios da solidariedade, alteridade e boa-fé, com a prevalência da dignidade e o retomar da ideia de justiça, o fizeram perecer.

Luiz Edson Fachin, ao tratar do que denomina "o corpo do objeto", mais especificamente do patrimônio, deixa bastante clara a impossibilidade de a lei contemplar todas as hipóteses que envolvem as titularidades, quando explica:

É claro que o Código Civil tem a pretensão de disciplinar todas essas circunstâncias atinentes ao objeto, mas um conjunto significativo escapa da disciplina jurídica, muita mais complexa do que aquilo que aparente. Daí porque, sob esse embalo, arrostada a crise e decodificada a base da teoria tradicional, abre-se horizonte para pensar novos parâmetros que enfrentem tal complexidade.<sup>520</sup>

Exatamente dessa premissa que se quer partir, ao se criticar a atual hermenêutica do trânsito imobiliário. Que o Código tenha a pretensão generalizante de presumir todos os fatos da vida, nada de problemático, até porque é o *modus*

---

<sup>519</sup> KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p.126.

<sup>520</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.189.

legiferante tradicional. O que não se consegue aceitar é o silêncio interpretativo em face dessa presunção totalmente irreal.

A academia, a doutrina e a jurisprudência tem a primordial incumbência de promover a coerente análise dos dispositivos positivados, adequando-os à realidade. Não aquela oriunda da teoria dos conceitos e da racionalidade estrutural, mas a verdadeira e específica experiência do dia a dia das pessoas.

Nesse duto de ideias, há que se perceber da superação total do tradicional distanciamento do Direito em relação aos fatos. Não há mais como, em uma aula, o docente responder ao aluno que "na prática a teoria é outra". A assertiva está à margem do contexto pretendido pela contemporânea educação jurídica.

A busca deve ser, ao contrário, a compreensão dos motivos pelos quais o Direito não tem conseguido suficiência no enfrentamento dos fatos.

Para tanto, mister recorrer-se, ainda que sem a descabida pretensão de exaurir seus fundamentos e aplicações, à teoria da complexidade, pois, uma vez conhecida a conjectura tradicional e compreendida sua superação, torna-se necessário enfrentar as dificuldades dos novos fatos, na tentativa de apresentar, igualmente, outras opções de resolução dos conflitos sociais.

Edgar Morin, na tentativa de formular uma proposta de discussão sobre a complexidade dos fatos e da vida social, especialmente quando – como neste trabalho – se deseja pensar a pessoa concreta, fala sobre a dialógica e sobre a complexidade. Ao tratar da dialógica, o autor explica que:

Unidade complexa entre duas lógicas se tratam de 'duas lógicas', entidades ou instâncias complementares, concorrentes e antagônicas, que se alimentam uma da outra, se completam, mas também se opõem e combatem. Distingue-se da dialética hegeliana. Em Hegel, as contradições encontram uma solução, superam-se e suprimem-se numa unidade superior. Na dialógica, os antagonismos persistem e são constitutivos das entidades ou dos fenômenos complexos.<sup>521</sup>

---

<sup>521</sup> MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade – a identidade humana**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.300-301.

Quando discorre sobre a complexidade, dá o tom da reflexão:

É convidar a pensar-se na complexidade. Não é dar a receita que fecharia o real numa caixa; é fortalecer-nos na luta contra a doença do intelecto – o idealismo –, que crê que o real se pode deixar fechar na ideia e que acaba por considerar o mapa como o território, e contra a doença degenerativa da racionalidade, que é a racionalização, a qual crê que o real se pode esgotar num sistema coerente de ideias.<sup>522</sup>

A complexidade, nessa condução de ideias, demonstra a perspectiva de constante mudança do status quo, ou seja,

é o que nega o determinismo da ordem absoluta e a separação elementar dos entes. Não se trata nem da parte nem do todo, mas da série de conexões produzidas no sistema de tal modo que parte e todo se influenciam reciprocamente, gerando uma auto-organização própria e carregada de devir.<sup>523</sup>

Quer-se, com tudo isso, dizer que a complexidade nada mais é do que a análise das mutações sociais, que frustram as expectativas eventuais de pessoas e sistemas, mas que nada mais significa do que a realidade.<sup>524</sup>

E por ser realidade, deve merecer análise e compreensão, a partir do reconhecimento de que os opostos devem conviver, respeitando-se a multiplicidade de situações da vida, bem como as diferenças entre os comportamentos.

Decorrente da complexidade, portanto, é a incerteza. Não se tem como afirmar o futuro e os desafios que lá estarão, como pretendeu o Direito formal e silogístico puro, o que faz necessário que o jurídico afaste padronizações e reconheça, na realidade,

---

<sup>522</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 14.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.140.

<sup>523</sup> CUNHA, José Ricardo. Direito e complexidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p.230-231.

<sup>524</sup> Veja, novamente, Edgar Morin: "Assim, a complexidade coincide com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos. Mas a complexidade não se reduz à incerteza, *é a incerteza no seio dos sistemas ricamente organizados*. Ela diz respeito a sistemas semialeatórios cuja ordem é inseparável dos acasos que os concernem. A complexidade está, pois, ligada a certa mistura de ordem e de desordem, mistura íntima, ao contrário da ordem/desordem estatística, onde a ordem (pobre e estática) reina no nível das grandes populações e a desordem (pobre, porque pura indeterminação) reina no nível das unidades elementares." (MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4.ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011. p.35).

seus objetivos. Como explica Edgar Morin: "Conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza."<sup>525</sup>

Nesse mesmo sentido, o autor ensina que inicialmente a complexidade surge como uma espécie de furo, de confusão, de dificuldade. Mas não são apenas essas vertentes que devem ser percebidas no contexto da complexidade e, também, a possibilidade de contradições lógicas, como visto. O complexo diz respeito ao empírico, à incapacidade de ter certeza sobre algo e de conceber uma ordem absoluta, o que pode gerar contradições. Quando se reconhece uma contradição na análise de algum fato, o pensamento clássico já a vincula a uma anormalidade.<sup>526</sup>

Sobre isso, a reflexão de Edgar Morin:

Na visão clássica quando surge uma contradição num raciocínio, é um sinal de erro. É preciso dar marcha à ré e tomar um outro raciocínio. Ora, na visão complexa, quando se chega por vias empírico-rationais a contradições, isso não significa um erro, mas o atingir de uma camada profunda de realidade que, justamente, por ser profunda, não encontra tradução em nossa lógica.

Desse modo, a complexidade é diferente da completude. Imagina-se com frequência que os defensores da complexidade pretendem ter visões completas das coisas. Porque pensariam assim? Porque é verdade que pensamos que não se podem isolar os objetos uns dos outros. No fim das contas, tudo é solidário. Se você tem o senso da complexidade, você tem o senso da solidariedade. Além disso, você tem o senso do caráter multidimensional de toda a realidade.<sup>527</sup>

A complexidade não significa a ruptura com um modelo ou paradigma. Constitui-se em um conjunto de acontecimentos e de novas realidades que acabam por criar a necessidade de repensar o paradigma, com o possível oferecimento de

---

<sup>525</sup> E prossegue o autor: "Todos os grandes acontecimentos do século – a deflagração da Primeira Guerra Mundial, a Revolução Soviética no império czarista, as vitórias do comunismo e do nazismo, o golpe teatral do pacto germânico-soviético, de 1939, a derrota da França, as resistências de Moscou e Stalingrado – foram inesperadas; até o inesperado de 1989: a queda do muro de Berlim, o colapso do império soviético, a guerra na Iugoslávia. Hoje estamos em Escuridão e bruma, e ninguém pode dizer o amanhã. De modo que a consciência da História deve servir não só para reconhecermos os caracteres, ao mesmo tempo determinador e aleatórios do destino humano, mas também para nos abirmos à incerteza do futuro. É preciso, portanto, prepararmos para o nosso mundo incerto e aguardar o inesperado." (MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma; reformar o pensamento**. 20.ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p.59 e 61).

<sup>526</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4.ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011. p.68.

<sup>527</sup> *Ibid.*, p.68.

uma resposta a essas novas demandas oriundas da diversidade, da pluralidade ou da própria contradição entre a lógica clássica e a lógica emergente.

É exatamente isso que se vive na contemporânea relação entre o Direito e os fatos: a dificuldade de alinhar os recentes eventos com os antigos modos de fundamentar as decisões jurídicas.

Acreditar na solução das novas questões com as velhas fórmulas, é agir sem sentido e sem coerência, o que somente conduz ao resultado certo de insucesso. De nada adianta a insurgência da lei, ou de grupos específicos, em face, por exemplo, do reconhecimento da união homoafetiva, uma vez que se trata de uma realidade que, com ou sem lei, existe e desafia o jurista. Caberá – como de fato coube nesse exemplo – ao judiciário colmatar a lacuna nascida da complexidade, que pode ser de ausência de norma (e não de lei, entenda-se), de inefetividade da norma existente ou de frustração da axiologia e (ou) da finalidade da norma.

A dificuldade em encarar a complexidade deriva, no mais das vezes, do preconceito, que pode se consubstanciar no temor das modificações que as novas realidades venham impor a um tradicional e consolidado modo de viver. Como orienta Ricardo Timm de Souza:

O objeto do preconceito ativa a objetivação do desconhecido, assim como que o delimita em termos razoáveis. Por isso todo o preconceito, desde suas premissas, apresenta uma face de razoabilidade – é razoável em seu princípio, e entra em contradição consigo mesmo no momento em que a outra face, face da violência, se mostra de maneira aberta ou velada, consciente ou inconsciente.<sup>528</sup>

A não aceitação da complexidade e das diferenças por motivo de preconceito, instaura-se pela existência de "um determinado mundo humano" fundado na "tentação da totalidade", no qual prevalece a crença de que "o novo é estranho" e não se coaduna com a totalidade autorreferente do mundo anterior. O preconceito se estranha com a realidade.<sup>529</sup>

---

<sup>528</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.37.

<sup>529</sup> *Ibid.*, p.38.



No campo das transformações pelas quais o Direito tem passado, especialmente no contexto de sua constitucionalização, com o descrédito da pretensão totalizante dos códigos e das leis, é possível perceber um retrato desse preconceito. A abertura do sistema por meio dos princípios e das cláusulas gerais causa, ao jurista clássico, um temor desmedido de que a insegurança se instaure, com a banalização de conceitos como dignidade, função social, entre outros.

Não obstante, faz-se necessário o reconhecimento dessa nova forma de pensar os casos a partir da complexidade, uma vez que a sociedade reclama inovadoras medidas para a resolução dos interesses mais variados e sobre os quais a Constituição prevê proteção.

Há, por conseguinte, que se expandir as possibilidades jurídicas para muito além do Direito (im)posto pela forma legislativa, especialmente quando envolva direitos fundamentais, como é o caso do acesso à propriedade.

As complexas situações de vida exigem que se considere o Direito, também, como um viabilizador das finalidades, ou seja, mais do que forma o Direito deve ser substância, realidade e conformação da norma aos fatos, e não o contrário. Afinal, como aduz Luiz Edson Fachin, há que se reconhecer que "os fatos que se impõem desmancham saberes e abrem perspectivas sob complexidade."<sup>530</sup>

Essa incerteza, por conseguinte, poderia causar temores de insegurança e de atraso na construção de novas formas jurídicas. É exatamente o contrário o que se propõe nesta tese: que a complexidade das relações proprietárias e não proprietárias, seja positiva no sentido de auxiliar na transição do sistema de separação dos planos, conduzindo-se a um contrato forte e que gere eficácia perante terceiros e transmita – sem mais burocracia – a propriedade ao seu titular, realizando a necessidade da pessoa e concretizando a realidade de sua ligação com a coisa imóvel.

A justificativa do discurso fica por conta do quão ultrapassada está a dogmática da separação dos planos, exatamente pela nova roupagem hermenêutica concebida ao tema por um Direito funcionalizado, pautado na principiologia constitucional e na boa-fé.

---

<sup>530</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.298.

A perda de força da dupla consideração dos planos, no entanto, tem um alcance maior, na medida em que a temática repousa sobre dois importantes pilares da dogmática civil-constitucional: a propriedade e o contrato.

A crítica à separação dos planos, especialmente no Brasil, não é algo de todo recente. Possível afirmar da existência de duas correntes de pensamento bastante razoáveis a justificar a superação da teoria da separação dos planos no contexto da apropriação imobiliária, as quais serão analisadas na sequência.

## 2.2.1 A crítica de Darcy Bessone e a obrigação como processo em Clóvis do Couto e Silva

O contrato com eficácia real, ou simplesmente contrato real, surge da construção teórica de Darcy Bessone, que entende descabido que o contrato de compra e venda somente transfira a propriedade em outro momento (na separação dos planos, o plano dos direitos reais) que não no interior da própria negociação. O autor trata desta hipótese ao desenvolver suas reflexões em torno da promessa de compra e venda e da compra e venda com reserva de domínio.

Darcy Bessone inicia sua obra "Da Compra e Venda: Promessa e Reserva de Domínio", com uma interessante provocação:

Entende-se, entre nós, que o contrato de compra e venda produz apenas obrigações.

Clóvis, a quem cabe a responsabilidade dessa doutrina, ensinou que a compra e venda origina obrigação de dar, quer dizer, obrigação de transferir o domínio. O contrato não teria por efeito a translação dominical, que ficaria na dependência da tradição, quanto aos bens móveis, ou da transcrição no Registro Imobiliário, relativamente aos imóveis. Em homenagem, talvez, à alta autoridade do grande mestre, cujas credenciais advieram de seus inextinguíveis atributos intelectuais, a lição foi recolhida sem debates por quase todos os juristas que estudaram o instituto no nosso direito.

Assim, é assentado, na doutrina, que a compra e venda brasileira é obrigacional, vale dizer, a promessa de transferir o domínio.

Essa concepção não se compatibiliza, ao que supomos, nem com a *promessa de compra e venda*, nem com a *compra e venda com reserva de domínio*.<sup>531</sup> (grifo nosso)

---

<sup>531</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda: promessa & reserva de domínio**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.15-16.

Como se viu, o autor não poupou Clóvis Beviláqua – em que pese o respeito demonstrado à alta competência do codificador – indicando o silêncio da doutrina majoritária em simplesmente aceitar a separação relativa dos planos, ainda que incoerente em certa medida, entre contrato e direito real de propriedade.

No que se refere ao compromisso de compra e venda, entende que este, uma vez cumprido, gera a promessa de se efetivar o contrato de compra e venda que, igualmente, promete a transferência do domínio. As palavras do autor são de simples compreensão: "Ora, se a este [contrato de compra e venda] carecer o feito *translativo*, e produzir apenas a *obrigação* de transferir o domínio, obviamente a promessa criará uma *obrigação de se obrigar* a transferir o domínio, convertendo-se, assim, em *promessa da promessa*."<sup>532</sup>

A respeito da compra e venda com reserva de domínio, explica que somente é possível se a compra e venda for translativa da propriedade, tendo em vista que se for necessário aguardar-se o registro, e enquanto isso a propriedade mantiver-se com o vendedor, não há, em verdade, reserva de domínio.<sup>533</sup> Nas palavras do autor:

Quanto à segunda figura, percebe-se que a expressão *compra e venda com reserva de domínio* só se afeiçoa a uma compra e venda *translativa*, dotada de eficácia *real*, porque, em uma compra e venda *obrigacional*, isto é, que produza tão-somente a *obrigação* de transferir o domínio, a transferência não é efeito do contrato, mas sim do ato posterior, com que o vendedor cumpre a prestação assumida, e, por isso mesmo, até que esse ato, ou prestação, se realize, o domínio continua com o vendedor, tornando-se ociosa a reserva, isto é, a *pactum reservati dominii*.<sup>534</sup>

Em novo momento, pondera sobre a decisão do codificador, ao dizer que:

Antes, porém, permitamo-nos assinalar que Clóvis se revelou inseguro no tocante à sua apressada doutrina, quando, após atribuir efeito puramente obrigacional à compra e venda, acrescentou que ela é título translativo, porque é fundamento e razão jurídica da tradição ou transcrição e, ainda, que tem por objeto a transmissão do domínio.<sup>535</sup>

---

<sup>532</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda: promessa & reserva de domínio**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.16.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p.17.

<sup>534</sup> *Id.*

<sup>535</sup> *Ibid.*, p.18.

Darcy Bessone menciona – com o que plenamente se concorda – não existir coerência em que a promessa gere efeito real – conforme, na época, derivava dos art. 5.º do Decreto-lei n.º 58 e art. 25 da Lei n.º 6.766/79<sup>536</sup> – e o contrato não, pois neste caso o contrato preliminar teria melhores efeitos do que a própria compra e venda, que é o "contrato fim".<sup>537</sup>

Com isso o autor decreta:

Dado que as duas figuras são reconhecidas e disciplinadas por lei, deve-se convir em que: ou a nossa compra e venda não era puramente *obligacional*, antes da legislação que as regulou, ou, se o era, as disposições legais posteriores ao Código Civil lhe modificaram a natureza jurídica.<sup>538</sup>

Difícil entender, assim, a situação de o compromisso gerar direito real ao promitente comprador (mesmo sem registro) – art. 1225, VII, do Código Civil de 2002 – enquanto que a compra e venda cria tão somente direito a uma prestação de cunho obrigacional. O compromisso se concretiza (ou, ao menos seria mais coerente) com o contrato de compra e venda autônomo e posterior.

O promitente comprador tem direito real, mas aquele que já comprou, inclusive por escritura pública, não o tem, devendo, para isso, efetivar o registro.

Para reforçar sua tese, Darcy Bessone registrou outros pensamentos dissonantes da teoria tradicional:

Também é oportuno o registro de duas opiniões desajustadas à tese dominante: as de João Luiz Alves e Gondim Filho. O primeiro escreveu que a transferência da propriedade, por ato entre vivos, pode assumir a forma de compra e venda, de troca, de dação em pagamento, ou de doação. A afirmativa desacompanhada, assim, da mais ligeira explicação, deixa dúvidas sobre se o problema, agora focalizado, foi presente ao espírito do conhecido comentador do Código Civil. Gondim Filho, entretanto, mostrou-se bem atento à questão.

---

<sup>536</sup> Ainda que o escrito de Darcy Bessone remonte ao Código Civil de 1916, assim como à legislação extravagante da época, na atual codificação o art. 1.225, VII, é expreso em atribuir eficácia real ao direito do promitente comprador do imóvel. Por isso, o entendimento ainda se mantém.

<sup>537</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda: promessa & reserva de domínio**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.17.

<sup>538</sup> *Ibid.*, p.18.

Limitando-se, embora, a levantar dúvidas ligeiras, que desejaria ver esclarecida pelos doutos, declarou, de modo positivo, que 'os atos de alienação de imóveis não produzem efeitos sem a transcrição, mas, cumprida esta formalidade, os efeitos que decorrem são dos próprios atos e não da transcrição'.<sup>539</sup>

Outro motivo que conduz o autor ao entendimento de que a compra e venda é real está na comparação que faz com o contrato de doação. No Código Civil de 1916 a doação estava considerada como o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, "transfere"<sup>540</sup> do seu patrimônio bens ou vantagens para outra. A lei não fala, como na compra e venda, em "se obrigar" a entregar. O Código Civil de 2002 é no mesmo sentido.<sup>541</sup>

Se a doação transfere, a compra há de transferir igualmente. Por essa razão que o contrato de compra e venda transmite a propriedade e não apenas se obriga a tal, sendo, portanto, gerador de direitos reais.<sup>542</sup>

Imperioso como fundamento a conceber à compra e venda a natureza real, foi, também, a redação do art. 134, II, do Código de 1916<sup>543</sup>, ao mencionar que nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros era da substância do ato a escritura pública. O entendimento ficou no sentido de que os vocábulos "constitutivo" e "translativo" asseguravam à escritura a natureza real de transferir o domínio.<sup>544</sup>

---

<sup>539</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.19.

<sup>540</sup> Art. 1165 do CC 1916: "Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita." Veja o teor em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 06/06/2014.

<sup>541</sup> O art. 538 do atual CC 2002 apenas excluiu a parte final ("que os aceita") do antigo artigo 1165. Ficou assim: Art. 538: "Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra."

<sup>542</sup> BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p.42-43.

<sup>543</sup> No Código de 2002 a redação alterou-se completamente: "Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

<sup>544</sup> BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p.44-45.

A partir de todas essas premissas, para Darcy Bessone, o contrato de compra e venda imobiliária é *translativo* da propriedade. O registro, no contexto, é um "ato integrador do negócio translativo".<sup>545</sup>

Há fundamentos, assim, que justifiquem entender o contrato de compra e venda como o efetivo elemento a constituir a propriedade, servindo o registro de ato complementar, uma vez que a *finalidade* da atividade relacional é a transmissão da propriedade. O contrato transfere a propriedade e o registro gera a publicidade perante terceiros. Esta a ideia de contrato translativo na doutrina de Darcy Bessone.

O jurista, ao final, profere afirmação contundente:

Em conclusão: pode-se admitir a dúvida sobre se o negócio translativo imobiliário se integra pelo registro, ou se este se relaciona apenas com os seus efeitos, mas, qualquer que seja a posição correta, no atinente a esse ponto, é certo que a compra e venda brasileira de imóvel é translativa, isto é, tem eficácia real, não se destinando, assim, a produzir tão-somente obrigações, ou direitos pessoais.<sup>546</sup>

Como se pode perceber, Darcy Bessone, já na década de 1960, questionou o silêncio da doutrina em aceitar o sistema nada razoável da divisão entre obrigações e direitos reais, de forma que, em sua teoria, concluiu que o contrato de compra e venda é translativo da propriedade e que o registro é uma continuação do negócio complexo.

Clóvis do Couto e Silva critica a posição de Darcy Bessone por entender que a separação dos planos não permite a existência de um contrato real. Acompanhe-se a opinião do autor:

Essa duplicidade dos planos – sobre os quais se fundamenta o sistema do nosso Código Civil – torna impossível, como se afirmou, qualquer tentativa de tratarem-se unitariamente os negócios jurídicos. Quem vende um imóvel, por escritura pública, não necessitará de outro ato, ou de outra declaração de vontade, para que possa ser realizado o registro,

---

<sup>545</sup> Veja exatamente o que disse Darcy Bessone: "Então, o direito brasileiro aproxima-se do francês e do italiano, que consideram a compra e venda como um acordo de vontades sobre a própria transferência do domínio, não sobre a obrigação de transferi-lo. Aproximando-se, não se identifica com eles, entretanto, porque, aqui, o registro no Registro Imobiliário, em relação aos bens imóveis, e a tradição, quanto aos bens móveis, são, ao contrário do que ocorre na França e na Itália, atos integradores do negócio translativo. Sob esse aspecto, filia-se o nosso direito ao germânico." (BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.44).

<sup>546</sup> *Ibid.*, p.48.

pois, na vontade de vender – frise-se mais uma vez – está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no albo imobiliário.

Mas não se considere que, por isso, a compra e venda tenha eficácia obrigacional e real, como sustenta Darcy Bessone: [...].<sup>547</sup>

A censura se fundamenta em que a estrutura do Código Civil optou pela separação dos planos, em reconhecimento à dogmática objeto de escolha pelo codificador. Lembre-se, ainda, que o sistema pátrio, desde 1916, é de separação, mas *parcial*, dos planos, o que induz Clóvis do Couto e Silva a afirmar que o registro é um outro momento dentro do processo de transmissão, a ser realizado pelo comprador, mas que não se trata de novo "ato", pela desnecessidade de renovar-se a manifestação de vontade.

A construção teórica desse autor é no sentido de que a obrigação se constrói a partir de vários momentos, que compõe um processo, e que vão culminar no adimplemento. Afirma o jurista: "A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos."<sup>548</sup>

Contribuiu (e contribui) em muito a edificação doutrinária de Clóvis do Couto e Silva, tendo em vista que já tratava da boa-fé como princípio – algo que foi inserido na dogmática tradicional somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor<sup>549</sup> – e considerava que sua aplicação dependeria da concretude do caso, em oposição ao pensamento dominante da época, que se resumia à pretensão de totalização das leis pelo processo silogístico.<sup>550</sup>

Em leitura atual da obra ora em destaque de Clóvis do Couto e Silva, Luciana Pedroso Xavier, Marília Pedroso Xavier e Paulo Nalin apresentam algumas reflexões que

---

<sup>547</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.56.

<sup>548</sup> *Ibid.*, p.167.

<sup>549</sup> Não se olvide que o Código Comercial de 1850 tinha a boa-fé como dado em alguns artigos. A conotação, no entanto, era totalmente distanciada da principiológica, posto que somente se poderia alegar nos casos expressos naquela lei.

<sup>550</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Op. cit.*, p.32-38.

enaltecem esse espírito inovador e demonstram a atualidade dos fundamentos, a partir da necessária interlocução com o Direito Civil-Constitucional da contemporaneidade.<sup>551</sup>

Além do quanto já afirmado sobre a boa-fé, identifica-se na obrigação como processo a ideia precursora das obrigações sob o ponto de vista dinâmico e funcional, que hoje se visualiza na doutrina mais sofisticada, para além do postulado de que a obrigação se esgotava no dever de prestar e no correlato de exigir a prestação.<sup>552</sup>

O trato do direito das obrigações, de fato, atende a essa carga dinâmica e funcional, que valoriza a boa-fé e, mais recentemente, a solidariedade e a alteridade.

Exatamente por conta da atual consideração da obrigação como processo, aliada à proposta civil-constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, com a concretização das realidades de vida das pessoas, para além das ficções construídas pelo individualismo proprietário e pela abstração dos códigos oitocentistas, é que se torna possível superar a técnica do registro como constitutivo da propriedade imobiliária. Essa proposição, que justifica igualmente a superação do conceito de negócio jurídico, com a adoção da teoria da atividade, reforça a fragilidade da exigência da "transcrição" do bem imóvel como indispensável ao trânsito jurídico na apropriação de imóveis.

Clóvis do Couto e Silva, por ocasião da construção de seu pensamento – década de 1960 –, posicionou-se inflexível na defesa de que a obrigação como processo somente tem lugar em ordenamentos jurídicos cujo sistema seja o da separação dos planos.<sup>553</sup> Uma vez mais, criticando Darcy Bessone, o autor justifica sua tese:

---

<sup>551</sup> XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.299-322.

<sup>552</sup> *Ibid.*, p.319.

<sup>553</sup> Veja a exata afirmação do autor: "Não tem maior veracidade científica a afirmativa de que ainda na fase de desenvolvimento da dívida se manifestem efeitos de direito real. As hipóteses mais em evidência, como o arrendamento e a locação, ou mesmo o pré-contrato registrado (embora a jurisprudência dominante seja em sentido oposto quanto ao último), não autorizam concluir-se pela eficácia de direito real do vínculo obrigacional, em face do princípio da separação dos planos." (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.167-168).



Erra, porém, ao não distinguir suficientemente os planos em que repercutem ambos os negócios. O tratamento unitário não é admissível em virtude da separação, não só entre direito pessoal e real, como também entre o da formação dos deveres e o da sua extinção.

No fundo, a concepção de Darcy Bessone retira a compra e venda do plano dos atos criadores de obrigações, para enquadrá-la no plano de transmissão dos direitos reais, isto é, no do adimplemento.<sup>554</sup>

E, com o intuito de encerrar o debate, conclui: "É indiscutível que a tradição é ato-fato, ou ato real, e a transcrição é ato de direito público, não integrado pela vontade dos particulares."<sup>555</sup> Mencione-se, por fim, que o autor foi objetivo em afirmar que: "Obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor."<sup>556</sup>

Considerando-se que o momento histórico era exatamente o da prevalência da teoria dos conceitos, atrelada ao rigorismo dos dispositivos codificados – individualistas e abstratos – parece coerente a firmeza da posição adotada.

Ainda que inovador na questão da boa-fé e da dinamicidade do conteúdo obrigacional, Clóvis do Couto e Silva encontrava-se sob os auspícios inspiradores do saber jurídico unicamente estrutural, cartesiano, e sequer poderia imaginar os rumos a que o Estado Democrático de Direito conduziria o ordenamento jurídico brasileiro.

Prevalecia a era da ficção jurídica que, com a Constituição de 1988, transita para a da busca máxima possível da realidade, da retomada da ética e da justiça realizadora das necessidades da pessoa, muito para além daquele sujeito de direito da modernidade.

Os intérpretes e atores jurídicos, sabedores de que este início do século XXI definitivamente arquivou nas estantes da história o pensamento jurídico dos séculos XIX e XX, e que o Direito Civil contemporâneo é realizador da vida, para além do patrimônio desfuncionalizado, têm a missão de humanizar a hermenêutica, com vistas a uma nova compreensão dos chamamentos constitucionais e das realidades que a sociedade, complexa e plural, demandam.

---

<sup>554</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.57.

<sup>555</sup> *Ibid.*, p.58.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p.168.

Com essa percepção e atitude, fica favorável o exercício de questionar até que ponto as teorias de Clóvis do Couto e Silva e de Darcy Bessone, juntas, são razoáveis a auxiliar na construção de um novo modo de pensar a apropriação imobiliária no Brasil.

E a justificativa desse mister já foi mencionada: a ficção jurídica, como suposta solucionadora das dificuldades sociais, por meio da abstração legal e do individualismo proprietário como segurança, não é mais suficiente a anteder as demandas nascidas das realidades.

Darcy Bessone percebeu a absoluta irreabilidade do sistema e defendeu que a propriedade se transmite pelo cumprimento do pacto, que denominou "contrato real", e colocou o registro como elemento complementar.<sup>557</sup> Clovis do Couto e Silva discordou – em que pese considerar a boa-fé e a dinâmica contratual – por entender que o sistema brasileiro (Código Civil) não permite a separação dos planos, ao eleger a "transcrição" como modo de adquirir. Não obstante, afirma que o contrato é finalístico e que seu objeto é a satisfação do credor ou o adimplemento.

Algumas reflexões são possíveis, com base nesses autores, a justificar, atualmente, a desnecessidade do registro como forma de efetivação da separação dos planos.

A primeira a partir da afirmação de Clovis do Couto e Silva de que a obrigação é um processo finalístico de adimplemento ou satisfação do interesse do credor (no caso adquirente). Se a compra e venda e os demais contratos, são orientados pela obrigação como finalidade, devem eles transferir a propriedade, visto que o objetivo das partes é a transmissão dos bens que figuram na atividade relacional. A exigência do registro, pelo art. 1245 do Código Civil, reflete uma mera abstração que, a partir do acesso à propriedade como direito fundamental, pode ser desconsiderada, em homenagem à supremacia da realidade da vida do não proprietário adquirente, que demonstre o cumprimento do contrato e a consequente finalidade de aquisição.

Possível, ainda, uma segunda perspectiva, que tem por fundamento a superação da teoria do negócio jurídico pela atividade relacional. Como visto, Clóvis do Couto e Silva pretende que a obrigação seja um processo dinâmico, o que se concretiza perfeitamente na ideia de atividade. Dessa forma, cabe sugerir que a obrigação

---

<sup>557</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.48.

como processo está mais para a atividade relacional, visto que nela se possibilita o exercício de todas as fases que envolvem as situações subjetivas, inclusive a transferência da propriedade imóvel.

Em um terceiro sentido, como a obrigação é um processo, ainda que se considere a separação dos planos, essa separação, por ser relativa – como o próprio Clóvis do Couto e Silva frisa – independe de outros atos das partes. Se não há outras atuações das partes, inexistente verdadeira "separação", mas, tão somente, um requisito complementar de segurança, que não se compõe como finalidade do contrato. Essa finalidade não pode ser uma "promessa", pois haveria identidade de propósitos com o compromisso de compra e venda. Assim, o contrato de compra e venda pode ser considerado apto para concretizar a transmissão imobiliária, eis que sua finalidade. O registro é dado acessório de publicidade.

Possível imaginar, ainda, como quarta possibilidade, situação, que a separação dos planos no Brasil, em verdade, existe tão somente para os móveis, visto que realística a partir da divisão – ainda que imperceptível muitas vezes na prática – do momento do contrato e da tradição. Nessa situação realmente se divide os planos da obrigação e da transmissão. Nos imóveis, a ficção da lei, sob o adágio da segurança, exige um ato posterior que não é adimplemento, nem tradição real. Como não é a entrega da posse (tradição fática) que separa os planos, como nos móveis, afigura-se ilógico e irreal a construção jurídica do sistema brasileiro. Em um verdadeiro modelo de separação dos planos é impossível pensar em qualquer fase que não tenha a participação dos negociantes. Na Alemanha as partes promovem todos os atos em sintonia. Pode até existir separação dos planos, mas a partir de alguma efetivação real e não abstrata, como o registro. Não é o registro que separa em verdade, ele apenas complementa, posto que fora da participação do alienante. Não se vincule separação dos planos com necessidade de registro. Os móveis têm real separação de planos, como mencionado. No Brasil, caso se queira justificar a existência de uma distinção verdadeira de planos, será necessário, então, que se considere como tal a *finalização do contrato*, com os cumprimentos dos acordos ali estabelecidos, e não a ficção registral.

O registro, portanto, sob qualquer viés que se possa imaginar, não se coloca como adimplemento, uma vez que não é razoável entender que haja adimplemento

do credor pelo próprio credor, já que o "ato-fato" dito por Clóvis do Couto e Silva é de incumbência única do adquirente (credor do bem).

De tudo isso, uma vez que a obrigação é um processo, nela deve se encerrar a compra e venda, a doação ou a permuta, exatamente pelo fato de que a obrigação é finalística.

Uma vez que a obrigação veiculada por meio do contrato é finalística, coerente afirmar que no próprio contrato devem se esgotar as finalidades das partes que, nas hipóteses aqui verificadas, estão envolvidas na transmissão do bem imóvel. A lei determina o registro, mas a finalidade (concreta, não abstrata) do contrato e das partes é a de promover o trânsito imobiliário.

Pode-se, a partir de tudo isso, formular uma perspectiva de que a obrigação, entendida como processo, deve se encerrar no interior do próprio contrato, não havendo o que falar na necessidade de complemento por meio de outro ato – o registro – para cumprir as finalidades do negócio.

Em linha semelhante a essa condução de ideias, apesar de baseada em fundamentos diversos, está a doutrina que defende o contrato funcionalizado como suficiente para transferir propriedade imóvel, ficando o registro como segurança adicional, a critério do comprador.

### 2.2.2 O contrato como constitutivo da propriedade por sua estrutura completa

As atividades relacionais da atualidade necessitam de uma nova configuração que favoreça a agilidade e que cumpra as finalidades que compõem as situações subjetivas existenciais e patrimoniais. O contrato, ao ser visualizado como completo em face de sua nova característica dinâmica, pode ser suficiente a garantir direitos reais, para além da *summa divisio* entre direitos obrigacionais e reais.

O grande desafio do jurista – que o diferenciara do mero copador de leis e de textos reproduzidos – é o de colaborar com a constante melhoria do sistema jurídico, por meio de construções teóricas que sejam concretizáveis.

Não se deve confundir teoria com abstração, da mesma maneira que criatividade com achismo<sup>558</sup>. Em suma, teorizar é pensar mecanismos que se justifiquem na efetivação de algo, ao passo que a abstração reflete um imaginário de perfeição, muitas vezes de difícil realização. A criatividade surge do conhecimento e do estudo, o que resulta em concretizações fundamentadas e coerentes, diferentemente do achismo, que deriva da idealização individual, sem embasamento, e que ocasiona, correntemente, aplicações nada razoáveis.

É preciso teorizar e ter criatividade, para bem efetivar o Direito ao caso concreto, superando o conceitualismo e o apego indiscriminado a fórmulas prontas.

A separação dos planos no direito brasileiro, nesse viés, como fulcrada tão somente na exigência do registro, deve ser repensada sob os auspícios de uma teoria da patrimonialidade humanizada, uma vez que o contrato tem por objetivo, via de regra, entregar alguma forma de patrimônio, e este, por sua vez, tem a finalidade de satisfazer necessidades existenciais.

Os direitos reais – como a propriedade – ao perderem seu caráter absoluto e individualista, e os direitos de obrigação com sua nova conotação social, tornam possível uma importante aproximação de seus conteúdos. Nesse sentido, Roberta Mauro e Silva afirma que isso faz "com que a ideia de um sistema único de direitos patrimoniais não soe tão absurda."<sup>559</sup>

Pietro Perlingieri prefere considerar a temática das obrigações e dos direitos reais sob um enfoque mais aberto e eficiente, que denomina "situações subjetivas". As situações subjetivas representam a participação de cada um dos atores na relação jurídica, a partir de seus interesses juridicamente tutelados. A situação é um interesse que se constitui como núcleo vital e característico da relação, podendo ser existencial ou patrimonial. Nessa continuidade explicativa, as palavras do autor:

---

<sup>558</sup> Exposição, argumentação ou conjunto de ideias que se baseia apenas na subjetividade, na opinião pessoal (ex.: *evite usar argumentos baseados em achismos*). = ACHADISMO. "**achismo**". (DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/achismo>>. Acesso em: 07/06/2014).

<sup>559</sup> SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.71.

Já se notou que a situação subjetiva foi pensada para dar forma conceitual a comportamentos. Tais comportamentos constituem o perfil dinâmico da situação subjetiva. A atividade ou o ato jurídico outras coisas não são que a realização de uma situação, de um poder conferido ao sujeito. O poder é um dos aspectos que caracterizam a situação subjetiva. O interesse reconhecido a um sujeito traduz-se, no momento do seu exercício, em comportamentos e, normalmente, em atividade: o reconhecimento, isto é, a existência de um interesse juridicamente relevante, precede logicamente o exercício, a atuação e as vicissitudes do interesse.<sup>560</sup>

As situações subjetivas podem ser consideradas sob os aspectos funcional e normativo. O primeiro tem por objetivo determinar a função de cada situação no interior da relação jurídica, ou seja, se a conduta do sujeito envolve apenas o interior da relação, ou se interessa também à coletividade. Na maior parte das hipóteses, nas palavras de Pietro Perlingieri, o interesse dá lugar a uma situação subjetiva complexa, visto que podem ser interesses internos e externos à atividade relacional. O aspecto normativo, também chamado de regulamentar, é aquele que atribui juridicidade à situação. São os poderes e deveres das partes, estatuídos em princípios e normas jurídicas.<sup>561</sup>

A partir disso, necessário compreender que a estrutura da relação jurídica é a ligação entre as situações subjetivas, de maneira que o sujeito fica em segundo plano de consideração na atividade. O importante é o centro dos interesses, que se qualifica pela ligação de um interesse ao outro (pagar e entregar, por exemplo, é o que importa, e não a condição de credor ou devedor).<sup>562</sup>

---

<sup>560</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.106.

<sup>561</sup> *Ibid.*, p.107.

<sup>562</sup> O autor explica: "Não se pode distinguir as situações subjetivas – a não ser em termos quantitativos – em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contem frequentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. É difícil imaginar direitos subjetivos que não se justificam no âmbito de situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, obrigações, isto é, posições que, analiticamente consideradas, podem ser definidas como passivas. A relação sob o perfil estrutural é relação entre situações complexas, que podem ser ora de simples correlação (*collegamento*) (assim, entre *potestà* e interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (assim, nas obrigações onde a situação devedora contrapõe-se àquela credora)." (*Ibid.*, p.116).

Esse perfil dinâmico dá o tom da contemporânea superação do conceito de negócio jurídico pelo de atividade. Não é possível manter a rigidez na participação dos contratantes no interior da relação, eis que a cada novo momento poderá acontecer alguma variação nos direitos e obrigações entre eles. O credor se torna devedor, por exemplo, quando não cumpre sua parcela de obrigação.

A função no interior da relação, portanto, é o que disciplina os recíprocos interesses para que haja uma coerente harmonização. A norma, para Pietro Perlingieri, conflui esse aspecto funcional.<sup>563</sup>

Com fundamento nessa óptica, da atividade composta por situações subjetivas, a perspectiva de separação dos planos entra em crise, pois a dinâmica supera o conceito de obrigações como puro de ligação entre débito e crédito, olvidando-se das várias funções que podem nascer dos interesses do envolvidos. Pietro Perlingieri, aduz:

Nesta direção se explicam os movimentos voltados a separar a obrigação, seja da sua fonte (de maneira a construí-la em forma autônoma do fato constitutivo, do contrato, do ilícito), seja das relações patrimoniais de natureza real e, especialmente, da propriedade, como uma espécie de estéril contraposição que não entende verificar a existência de pontos de contacto, mas, antes, representar como velho o estatuto da propriedade, e como novo o estatuto da obrigação.<sup>564</sup>

Assim, entende o autor que essa pretensa separação dos planos, nada mais é do que uma concepção atomista que atribui ao "fato constitutivo o papel de um mero e ocasional fato causativo, relevante exclusivamente como *fonte* da relação e não já como *título*, sua razão justificadora, e influente na sua função e no seu regulamento."<sup>565</sup>

A visão atomista de que se trata, ao pretender individualizar cada uma das situações (reais e obrigacionais), restringe a intenção verdadeira das partes (o adquirir e o transferir) a meros incidentes dentro do contrato. Mas esse formato existe, como se viu, para favorecer aqueles interesses típicos do individualismo proprietário e da abstração.

A superação do individualismo acontecerá pela valorização da pessoa no contexto da dignidade humana e da solidariedade constitucionais. O absolutismo

---

<sup>563</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.116.

<sup>564</sup> *Ibid.*, p.207.

<sup>565</sup> *Id.*

patrimonial está superado pela patrimonialidade funcionalizada, inclusive pela via da função social do contrato. A contextualização do autor italiano tem por premissa a importância dos fatos, por meio dos efetivos interesses e finalidades envolvidas nas situações subjetivas que se consolidam na atividade. A prioridade do contrato é reconhecer os interesses das pessoas, para depois, de forma complementar, orientar o meio para se chegar ao objetivo (resultados, por exemplo, a propriedade).

A forma do pacto, assim, deve merecer menor interesse do que seu conteúdo, exatamente no sentido inverso ao sistema da separação, que valoriza a forma registral em detrimento da substância, que é o objetivo proprietário.

Os principais traços clássicos distintivos e que colocam os direitos reais e os direitos pessoais em oposição, estão, como se percebeu, ao longo do tempo, esvaindo-se e tornando-se sem efetivo sentido.

Conforme já se afirmou neste escrito, os direitos reais têm por características – clássicas – básicas: a) vincular a pessoa à coisa; b) vincular o proprietário aos não proprietários pelo dever geral de abstenção; c) os direitos reais são típicos da lei, absolutos e perpétuos; d) a publicidade oriunda dos direitos reais na seara imobiliária, pelo registro, gera efeitos erga omnes com a consolidação do dever geral de abstenção.

As obrigações, por sua vez, podem-se resumir com as características seguintes: a) vincula os negociantes entre si; b) não alcançam e nem obrigam terceiros; c) direitos pessoais são em *numerus apertus* e relativos.

A partir dessa constatação tradicional e sua comparação com a perspectiva retro, apresentada por Pietro Perlingieri, é coerente afirmar que no Direito contemporâneo não faz mais sentido manter-se a dicotomia, especialmente porque a função social – tanto da propriedade quanto do contrato – é a atual norteadora de ambos os institutos.

Relações obrigacionais e reais em muito se equipararam a partir, especialmente, da intervenção do Estado nas relações interprivadas; tal intervenção visa superar a omissão do ente público havida no período liberal sob o argumento da autonomia privada. Trata-se, como visto, do dirigismo contratual.

O Estado Democrático de Direito tem por proposta – dentre outras – a promoção da liberdade e da dignidade, motivo pelo qual outorgou ao poder público o dever de regular algumas das relações entre particulares, com o fito de evitar a dominação do mais forte em relação ao mais fraco, sem prejuízo do desenvolvimento econômico do país. É o caso das agências reguladoras, que foram idealizadas para



conter eventuais abusos decorrentes da abertura concedida à iniciativa privada sobre serviços que outrora foram de responsabilidade direta do ente público.<sup>566</sup> Exemplo, ainda, são os contratos de massa, que tem no Direito a proteção ao consumidor.

Essa participação estatal na esfera privada, por óbvio, não pode ser tal que limite a autonomia da pessoa em suas decisões relacionadas à intimidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, entendida esta, na perspectiva da dignidade.

A funcionalização do contrato e da propriedade, também se apura nas relações entre os particulares, por meio da teoria da função como liberdade(s), o que igualmente faculta ao Estado, na maior parte das vezes por meio do Judiciário, restabelecer as condições de igualdade de vantagens e ônus, com base na análise concreta de eventuais abusos de direito, de práticas de lesão, de onerosidade excessiva, entre outros.

Dessa forma, as obrigações não mais envolvem apenas as partes que contratam, assim como os objetos contratados não são apenas aqueles iniciais, podendo o tempo exercer força sobre sua transmutação.<sup>567</sup>

As partes no contrato (espécie do gênero atividade) não são atualmente as únicas a experimentar os efeitos do negócio. De acordo com Alvino Lima, "o contrato não pode ser considerado apenas nos seus efeitos jurídicos entre as partes; sendo uma realidade concreta, um fato social, um valor patrimonial, a sua existência não se limita às partes contratantes, mas age, como tal, *erga omnes*."<sup>568</sup>

Kleber Luiz Zanchim, a partir do que entende por distinção entre função e valor social dos contratos, aduz que

sendo a função social o programa contratual estabelecido pelos contraentes, não inclui pretensões de terceiros. Estas são consideradas em sede de valor social, que formata o contrato como instrumento estabilizador de conflitos. Por isso, apesar de os terceiros serem "não-partes" de determinado contrato, se este os afetar deixará de ser alheio aos interesses deles.<sup>569</sup>

---

<sup>566</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.158.

<sup>567</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.xiv.

<sup>568</sup> LIMA, Alvino. **A fraude no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. p.58.

<sup>569</sup> ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio; JABUR, Gilberto Haddad (Coords.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quarter Latin do Brasil, 2008. p.266.

Ao refletir sobre a proteção de terceiros, no contexto da função social do contrato, Antônio Junqueira de Azevedo enfatiza que "o princípio da função social do contrato impede que se constituam vínculos capazes de prejudicar a coletividade ou terceiros que, embora não tenham figurado como parte na relação contratual, foram prejudicados pela mesma."<sup>570</sup>

O princípio da solidariedade, igualmente, é motivo de se afirmar da geração de efeitos do contrato perante terceiros. Aludido princípio, na ideia de Ricardo Luis Lorenzetti, faz com que os pactos deixem de ser apenas forma de circulação de riqueza tornando-se meio de transformação social, assumindo o compromisso constitucional de promoção da pessoa humana.<sup>571</sup> As diferenças entre o conceito de partes e terceiros fica minimizada, visto que todos sofrem os efeitos dos contratos.

As relações ditas obrigacionais (situações subjetivas), portanto, não devem mais ser consideradas relativas, a envolver somente a sujeito ativo e passivo, envolvendo apenas as partes. Qualquer pessoa que sofra prejuízo por conta de um contrato, deve ter a oportunidade de participar da discussão de seus termos. Da mesma maneira, se alheios, tomando conhecimento do pacto, devem respeitá-lo.

As obrigações e direitos reais, nesse viés, a partir da funcionalização, da solidariedade, da alteridade e da boa-fé, se aproximam de forma especial, podendo-se afirmar que os efeitos perante terceiros não são mais unicamente típicos dos direitos reais, especialmente porque os princípios aludidos, geram, de forma abrangente para todas as relações que envolvam situações subjetivas (existenciais ou patrimoniais) uma relação de colaboração.

Pietro Perlingieri, naquela linha de pensamento acerca das situações subjetivas, é claro:

A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. [...] Também o terceiro encontra-se envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade,

---

<sup>570</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, n.750, p.116, maio 2000.

<sup>571</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.542 e 546.

e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um 'bem' autônomo sobre o qual, em modo evidente, incidem direitos de terceiros qualificados (tome-se por exemplo, o usufrutuário e o credor pignoratício de créditos: arts. 2.800ss., 2.025, 1.250, 1.254 Cód. Civ.) e que os terceiros são obrigados a respeitar.<sup>572</sup>

A funcionalização gera uma perspectiva de cooperação, que deve nortear tanto o direito das obrigações quanto os direitos reais. Estes não podem ter mais como função primordial a exclusão dos terceiros não proprietários, mas, sim, a possibilidade de acesso às titularidades, em caso de melhor boa-fé e contratação comprovadas.

Como orienta Roberta Mauro Medina Maia, a submissão de todos os direitos patrimoniais aos mesmos valores derivados da função social do contrato e da propriedade, faz cair por terra a crença de que os direitos reais sempre prevaleçam sobre os pessoais. Ademais, lembra a autora que os direitos reais também se submetem à função social do contrato, o que pode limitar ou até mesmo afastar a sua incidência em um caso concreto.<sup>573</sup>

Tanto nos direitos reais quanto nos obrigacionais, a cooperação deve ser elemento objetivamente verificável pelo intérprete, para além do abstrato efeito *erga omnes*. Os direitos reais considerados como vínculo absoluto da pessoa com a coisa já é paradigma superado, dado que as relações são sempre multipessoais, ainda que o objeto da relação seja uma coisa.

Ademais, a finalidade de um contrato de transmissão não pode restringir-se, factualmente, a uma mera "intenção" de entregar a propriedade. A atividade relacional tem por causa a transferência do domínio e o registro é requisito formal externo, que não pode contaminar a objetividade que envolve as situações subjetivas, por mera formalidade normativa.

O sistema vigente de apropriação imobiliária brasileiro merece ser repensado – ainda que inicialmente sob um viés hermenêutico prospectivo –, como valorizador da efetivação das situações subjetivas em voga no contrato, o que possibilitará ao Direito Civil uma maior aproximação realística com a sociedade, como instrumental

---

<sup>572</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.212.

<sup>573</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: RT, 2013. p.95.

não só de uma pretensa segurança proprietária, mas, sobretudo, da possibilidade de efetivação do acesso à justiça pelos não proprietários.<sup>574</sup>

Atualizar os pensamentos acerca do modelo em debate é imprescindível para a dogmática constitucional de acesso aos bens, com a funcionalização do contrato e da propriedade, o que tornará o direito imobiliário efetivamente dinâmico, como sugere Ricardo Aronne:

As garantias reais em que pese seu conteúdo estático, erigem caracteres dinâmicos, rompendo com a perspectiva tradicional, que opera o corte drástico entre o direito das coisas e o das obrigações, impondo uma investigação acurada na busca das novas respostas exigidas pelo Direito Civil contemporâneo.<sup>575</sup>

Essa perspectiva de superação da divisão dos planos, guarda sintonia com aquela proposta de Darcy Bessone, visto que não se afigura razoável que o contrato de transmissão efetive apenas a "promessa" de transferir o domínio. Uma vez resolvidas as situações subjetivas na relação, conclui-se toda a cadeia de atitudes e expectativas do contrato, de forma que a propriedade já está transferida.<sup>576</sup>

Não é demais relembrar a lição de Paulo Lôbo ao informar da tendência das legislações estrangeiras em optar por um "modelo simplificado", com o contrato alcançando a dupla função de obrigação e transferência da propriedade.<sup>577</sup>

As palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Felipe Frank são igualmente relevantes:

Tamanha rigidez na separação dos planos obrigacional e real não resistiu ao avanço social, sucumbindo pela ineficiência deste sistema, que no afã de garantir a *segurança jurídica* preteriu outros direitos, como a *liberdade material* dos contratantes e, por que não, a própria justiça ao sobrevalorizar dadas formalidades em detrimento da realidade transmissiva informal.<sup>578</sup>

---

<sup>574</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>575</sup> *Ibid.*, p.406.

<sup>576</sup> BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. p.48.

<sup>577</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>578</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FRANK, Felipe. Revisando os direitos reais a partir de sua interface com o direito obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real e obrigacional nas relações privadas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v.32, n.63, p.144, 2011.

A distinção entre direitos reais e obrigacionais perde, assim, a posição central que lhe foi atribuída nos oitocentos, revelando-se de maior aprimoramento teórico e prático o tratamento dos assuntos a partir das denominadas "situações jurídica existenciais e patrimoniais", como apreendido das referenciadas lições de Pietro Perlingieri.

O contrato é suficiente a outorgar a propriedade imóvel ao comprador, uma vez que, considerado como atividade, guarda em seu conteúdo o espaço completo que favorece a realização das funções concretizantes do Direito. Ricardo Aronne, a esse respeito, observa que:

Na medida em que a propriedade resulta obrigacionalizada, consequência direta disso é a de que também resta informada pelas cláusulas gerais das obrigações, tais quais a boa-fé, não lesividade, e as demais, que hão de se concretizar em face do interesse geral.<sup>579</sup>

O contrato de compra e venda (e os demais de transmissão) dotado de força translativa é, como defendeu Inocêncio Galvão Teles ao justificar o sistema consensual português, uma garantia ao comprador, visto que sua posição adquire "maior solidez" por poder exercer seu direito "atual" através de atos jurídicos, vendendo, doando, hipotecando, além de poder reivindicar a coisa.<sup>580</sup>

Ademais, como bem visto ao longo do trabalho, a propriedade absoluta, derivada do Estado liberal, foi substituída pela funcionalizada e que atenda à dignidade da pessoa. O individualismo proprietário, da mesma forma, é substituído pela visão plural e complexa que deve reger as relações sociais.

O dever geral de abstenção, decorrente da anterior consideração dos direitos reais como absolutos, concede lugar à cooperação, localizável também nas relações obrigacionais.

---

<sup>579</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – a teoria da autonomia**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.152.

<sup>580</sup> TELES, Inocêncio Galvão. Venda obrigatória e venda real. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, ano 5, p.85, 1948.

Tudo isso, por fim, fica mais facilmente visível sob a perspectiva do negócio jurídico como atividade, com seu interior recheado por situações subjetivas existenciais e patrimoniais, para além da clássica sujeição ativa e passiva.

## 2.3 A FUNCIONALIZAÇÃO COMO RELEITURA TELEOLÓGICA DO CONTRATO

A funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil, como visto, é fator de grande importância na superação da multicitada teoria da separação dos planos, tendo em vista que transforma de maneira sensível as características e estruturas do contrato e da propriedade. Isso, no dizer de Roberta Mauro Medina Maia, torna sem sentido as características tradicionais atribuídas aos direitos reais e às obrigações, o que aproxima seus conteúdos.<sup>581</sup>

O contrato na concepção clássica significava única e tão somente uma forma de regular as manifestações de vontades dos sujeitos, no sentido de estabelecer direitos e obrigações, via de regra no sentido prestacional. Eduardo Espínola ensina como era visto o contrato:

Na doutrina moderna, segundo opinião dominante, o contrato se define como uma convenção que se manifesta pelo encontro de duas declarações de vontade que se destinam a constituir uma obrigação. A declaração de um dos contraentes tem por fim a criação de um direito de crédito; a do outro o estabelecimento de um dever de prestar.<sup>582</sup>

Essa lição da década de 1940 ainda é fundamento tradicional do direito das obrigações. Mesmo com a inserção da função social do contrato no art. 421 do Código Civil de 2002, seu conteúdo ainda pende de importante reformulação, especialmente

---

<sup>581</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: RT, 2013. p.66.

<sup>582</sup> ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**: teoria geral das relações jurídicas de obrigação. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1945. v.2. Tomo II. p.34-36.

por conta da concepção doutrinária tradicional, que informa o contrato funcionalizado apenas como limite das partes em suas liberdades.<sup>583</sup>

O codificador Clóvis Beviláqua não se furtou em apresentar sua ideia de função social do contrato. A conotação que empregou, no entanto, tem base histórica e conceitual: "Pode-se, portanto, considerar o contrato como um conciliador dos interesses colidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato."<sup>584</sup>

A função social do contrato na contemporaneidade, ao contrário dessas informações iniciais, serve de base para a transição do conceito de contrato, que evolui da única função de limitar as vontades, passando a garantir um novo tônus de liberdade, com responsabilidade, lealdade e colaboração.

O contrato funcionalizado não apenas traz orientação de conduta para as partes, mas, também, altera a estrutura contratual. Judith Martins-Costa, nesse sentido, explica:

Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir a esfera dos interesses alheios.  
[...]

---

<sup>583</sup> "É preciso não olvidar que a liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo." (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3. p.33); "Por tudo o que se examinou acerca da evolução do direito dos contratos, pode-se afirmar, desde logo, que a função social insculpida como cláusula geral no Código Civil (art. 421: 'a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato') não se refere à consolidação da civilização ou à afirmação da individualidade. A função social referida na lei é uma *limitação* da liberdade de contratar, no sentido da invalidade dos contratos que não a cumprem." (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.3. p.36); "Para nós, a *função social do contrato* é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum." (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v.4. Tomo I. p.48).

<sup>584</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8.ed. rev. e atual. por Aquilino Beviláqua. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954. p.130.

Contudo, considerar a norma do art. 421 apenas uma restrição à liberdade contratual seria creditar que esta constitui um princípio absoluto, o que constitui uma falácia há muito desmentida. Por isso entendo estar cometida à aquela norma também uma conotação substantiva, vale dizer, de elemento integrante do conceito de contrato.<sup>585</sup>

Paulo Nalin, entende a função social do contrato como dividida em intrínseca e extrínseca. Intrínseca é a relativa à observância dos princípios da igualdade material, da equidade e da boa-fé objetiva, todos decorrentes da solidariedade constitucional, pelas partes no exercício contratual. A extrínseca, por sua vez, tem por fim a coletividade, rompendo com o princípio da relatividade dos efeitos do contrato e preocupando-se com suas repercussões nas relações sociais, na medida em que a pacto passa a interessar a titulares outros que não os envolvidos na relação.<sup>586</sup>

A função social do contrato, em virtude de sua base conceitual propositalmente aberta, não encontra precisão estrutural de orientação, até porque o que se deseja é que seu conteúdo seja densificado na medida do caso concreto, sempre atendidos aos limites constitucionais, que se determinam no somatório de elementos atinentes à igualdade substancial, solidariedade e justiça social.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk constrói a ideia de função social do contrato como liberdade(s), inicialmente explicando que a autonomia privada e a autodeterminação podem ter apresentações diversas, ao contrário do que possa parecer.<sup>587</sup>

Significa dizer que a funcionalização mencionada, além de conceder um status diferenciado às partes no interior do contrato, permitindo-lhes o aumento recíproco de seus universos capacitatórios de atuação, ao modificar o significado da liberdade contratual – para além de mera abstração – com o favorecimento de um contexto de liberdade substancial<sup>588</sup>, ainda vai alterar a externalidade dos efeitos da atividade jurídica.

---

<sup>585</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.352-353

<sup>586</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.223-224. Na edição italiana, p.203.

<sup>587</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.269-313.

<sup>588</sup> *Ibid.*, p.270-275.



A função como liberdade, ao evitar a obtenção de vantagens excessivas pelo contratante mais forte, já consagrada pela antiga liberdade formal, acaba por favorecer um aumento da liberdade material do contratante mais fraco, também no âmbito externo do contrato. Inicialmente sob o âmbito interno, a lição de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

É por isso que no âmbito estrito da dimensão funcional vinculada à autodeterminação, pode-se cogitar de um contrato que, sendo exercício de autonomia privada, tem entre suas funções a realização de atos de autodeterminação e, mais que isso, pode ampliar espaços de autodeterminação dos contratantes – inclusive, sustentamos, pensada como liberdade material. Explica-se: o contrato, como instrumento de satisfação de necessidades, pode ser visto, também, como um instrumento de livre desenvolvimento da personalidade. Mas essa afirmação deve ser compreendida não, pura e simplesmente, como exercício de autonomia formal: trata-se de ferramenta útil à realização de aspirações existenciais, que se expressam em termos de liberdade positiva, e que somente se mostram viáveis mediante a existência de liberdade como efetividade.

Nessa medida, deve-se compreender a disciplina do contrato como detendo a função de (a) permitir a autodeterminação individual por meio de sua celebração; (b) propiciar, por meio dos seus efeitos, a ampliação de capacidades individuais para a realização daquilo que cada um valoriza (ou seja, ampliação de liberdade como efetividade).

Quando a lei traz normas protetivas para o contratante em situação de déficit de autodeterminação, está a realizar a operatividade da função como liberdade(s): a restrição eventual da autonomia privada de um contratante (aquele que detém posição de proeminência econômica, técnica ou, ao menos, aquele que impõe um contrato *standard*) vem em homenagem a autodeterminação (integrada por liberdade positiva e substancial) do outro contratante (hipossuficiente, vulnerável ou, simplesmente, aderente em contrato de adesão).<sup>589</sup>

A condução de seu pensamento, no entanto, passa pelo campo externo (extrínseco) da divisão apresentada por Paulo Nalin, ampliando-a, na medida em que é preciso visualizar a função social como prestação externa positiva e não somente como limite. Não é difícil imaginar limites: o contrato deve se limitar a não prejudicar o meio ambiente, por exemplo. É preciso mais; construir uma perspectiva de função da liberdade que sirva a alguma prestação que se dirija à sociedade.

---

<sup>589</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.274-275.

A conclusão do autor, em suma, é que: "Pode-se dizer, pois, que a função social definiria um direcionamento para o exercício da liberdade nos contratos, como integrante do próprio contrato – assim como a função da propriedade é integrante desta."<sup>590</sup>

Há que se considerar, portanto, as eficácias internas e externas da função. A interna no sentido de potencializar as liberdades realísticas das partes, por meio do equilíbrio entre as autonomias, com auxílio da solidariedade, da alteridade e da boa-fé. Na externa, a função servirá para ampliação dos efeitos do contrato em face de outras pessoas que nele possam intervir, no sentido de proteger tanto o contratante, quanto o terceiro prejudicado, sempre com base na perspectiva do caso concreto e da análise das intenções dos envolvidos.

Quer-se com isso afirmar que, na hipótese do contrato de transmissão imobiliária, a função social como liberdade será elemento justificador da necessidade de uma releitura teleológica do contrato, tanto para as partes quanto em relação aos atores externos à relação.

A função social como eficácia interna deve servir de fundamento à satisfação concreta das intencionalidades<sup>591</sup> (propósito/intenções) juridicamente protegidas aos contratantes. Externamente, presta-se a fazer cumprir os efeitos perante os não contratantes, garantindo a estes, na mesma sintonia, a possibilidade de discussão acerca de eventual interesse jurídico na atividade.

Não se trata de simplesmente afirmar que a função social do contrato gera efeitos entre os contratantes e perante terceiros. Isso já foi dito e repetido por sofisticada doutrina.<sup>592</sup> Quer-se sugerir a ideia de função como uma prestação positiva em face

---

<sup>590</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.312.

<sup>591</sup> Como ensina Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: "É que a sociedade compreendida como realidade dinâmica, móvel e integrada pelas relações de intersubjetividade, se, de fato, limita e condiciona a vontade, também abre a possibilidade de fazer aflorarem intencionalidades." (*Ibid.*, p.203).

<sup>592</sup> Vide Flávio Tartuce: "A função social do contrato tem eficácia interna (entre as partes contratantes) e eficácia externa (para além das partes contratantes), o que, do ponto de vista prático, supera a perspectiva de uma simples limitação à autonomia das partes". (TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. 2.ed. São Paulo: Método, 2007. p.243).

de uma pessoa concreta, ou de um universo objetivamente especificável, para além das abstrações, como defende Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.<sup>593</sup>

Ao trazer a reflexão para o exato problema desta tese, pode-se afirmar que, como a finalidade do contrato de transmissão é exatamente transferir (e não prometer) a propriedade sobre o bem imóvel, não se verifica coerente a dogmática codificada que determina a transferência do domínio somente com o registro.

A sistemática está descrita na lei, no art. 1245 e seguintes do Código Civil, tratando-se de opção do legislador, mas que não se coaduna com o espírito e as disposições constitucionais que asseguram a garantia da propriedade e, por via de consequência, o seu acesso.

A determinação constante do art. 5.º, em seus incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, que se localizam no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, cujo *caput* garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, deve prevalecer sobre a disposição codificada que burocratiza e inviabiliza o acesso da pessoa à propriedade sobre o imóvel.

Ademais, o art. 3.º da mesma Carta Maior fixa como objetivos da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento e erradicação da pobreza e das desigualdades, visando a promover o bem de todos, não apenas dos proprietários que o Código escolheu como tais por herança dos oitocentos e fulcrado em valores diversos desses constitucionais.

A função social do contrato deve ser analisada em sintonia com outros elementos hermenêuticos constitucionais e infraconstitucionais – como as cláusulas gerais – e, de forma muito especial, se comunica com a função social da propriedade enquanto liberdade, uma vez que ambos são viabilizadores do acesso à propriedade. Luiz Edson Fachin, nessa sequência de ideias, explica:

A ideia de interesse social corresponde ao início da distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres. Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo

---

<sup>593</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.255.

que o direito de propriedade também começa a ser lido como direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro de acesso.<sup>594</sup>

É a funcionalização dos institutos do Direito, em especial do Direito Civil, o grande fundamento constitucional a reconduzir o jurídico ao seu espaço dialógico, ético e valorizador dos conteúdos de justiça.

O contrato, para além de negócio jurídico, é atividade, e se perfaz em uma relação jurídica dinâmica, totalmente voltada à satisfação concreta e justa dos interesses em encontro, através da consideração da boa-fé, da solidariedade e da alteridade. Esta a perspectiva teleológica do contrato: realizar, concretamente, a substância buscada pelos atores na conexão intersubjetiva.

Deve, finalmente, ser considerado à luz dos princípios constitucionais, cuja aplicação se dá de forma direta e imediata, sempre considerada a concretude da situação fática, em superação à formulas prontas, hipotéticas e rigidamente silogísticas oriundas do conceitualismo e da abstração históricos.

---

<sup>594</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.317-318.

### 3 O CONTRATO IMOBILIÁRIO COMO FINALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE

A propriedade nem sempre é alcançada pelo titular que tem um contrato cumprido e de boa-fé, pois existe uma lacuna de natureza axiológica no sistema. Apenas o formato registral não atende ao acesso constitucional à propriedade, como visto no capítulo anterior.

Além da consideração dos valores constitucionais multimencionados, a função como liberdade faculta ao não proprietário acessar o bem, ainda que em detrimento da segurança abstrata do proprietário (assim eleito pelo art. 1245 do Código Civil) de má-fé, uma vez provada a sua qualidade de titular do direito oriundo do contrato, que atualmente se conduz por novos elementos que formam seu conceito e estrutura.

O contrato, a partir da função social como liberdade, pode – e deve – ser considerado como possibilidade de acesso à propriedade. É o conteúdo das liberdades substanciais, que tem uma função jurídica de pertencimento como propriedade. É a liberdade como efetividade. Acompanhe-se Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Tem-se, aqui, a possibilidade de se sustentar que uma função jurídica do pertencimento, seja ele como propriedade, seja como outro direito real ou como a posse, reside no incremento de liberdades substanciais, ou seja, de liberdade como efetividade. E que essa dimensão funcional pode servir como fundamento para a restrição do perfil formal da liberdade na propriedade, que marcava o seu caráter absoluto ao início do século XIX.

Além disso, pretende-se refletir sobre como essa dimensão funcional centrada na liberdade pode se entrelaçar ao conceito de função social, promovendo mudança parcial do seu significado e, sobretudo, de seus fundamentos.

Sem desconsiderar que há um sentido coletivo que não deve ser eliminado da função social, pode também dela emergir uma valorização do exercício concreto do pertencimento individual sobre algo, seja pelo proprietário, seja por um não proprietário que, mediante contrato, direito real limitado ou, mesmo, por um possuidor cuja posse não tenha advindo de qualquer dos títulos anteriormente mencionados.<sup>595</sup>

---

<sup>595</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.244.

A perspectiva, nesse contexto, é a da possibilidade de que a função social possa ressignificar os formatos modernos (entenda-se oriundos da modernidade) de transmissão proprietária, especialmente sobre imóveis, uma vez que se funda na liberdade substancial, ou, em outras palavras, na possibilidade de efetivar direitos a partir da ressignificação da relevância da forma, que será preterida em favor do conteúdo, da substância, dos direitos em jogo.

Sem qualquer prejuízo ao sentido coletivo de função social, deve-se proteger, igualmente, o exercício concreto do pertencimento individual sobre algo, pelos não proprietários, ante à nova concepção de contrato como atividade.

Isso significa dizer que o contrato tem força, sim, para transferir a propriedade ainda que sem o registro exigido pela codificação e especificado na Lei dos Registros Públicos.

A superação da teoria da separação dos planos, especialmente por, no Brasil, ser relativa, reforça essa proposta, mormente porque a forma não deve prevalecer ao conteúdo por ela pretendido. E o conteúdo a ser alcançado, pelo formalismo da lei infraconstitucional, é a propriedade.

A finalidade das partes em adquirir e transferir não se pode vincular, pela funcionalização constitucional que também, agora, é viabilizadora do acesso individual, a um ato único praticado por uma das partes, desvinculado da atividade principal – contrato – sob o pretexto de publicidade e segurança.

Os modos de adquirir devem ser revistos na contemporaneidade, para atender aos formatos complexos e plurais de vida, na medida em que é a não concretização da axiologia constitucional a verdadeira causa de insegurança para a sociedade.

Enquanto tais modos não forem alterados pela via legislativa, faz-se necessário que o intérprete se valha da hermenêutica constitucional, construtiva e prospectiva, a partir dos aludidos valores extraídos da Constituição que promovem o contrato a uma esfera de garantia do não proprietário – eticidade, solidariedade e alteridade –, especialmente porque a contratação deve ocupar espaço para além da simples ideia

de negócio jurídico, e, sim, de atividade concreta e realizadora das finalidades das partes.<sup>596</sup>

Constitucionalizar o contrato, significa ofertar-lhe estrutura completa, suficiente a encarar os desafios criados pela complexidade e pluralidade da vida real na contemporaneidade, em fuga à abstração totalizante dos códigos e como modo de realização da justiça no caso concreto.

### 3.1 O CONTRATO COMO "SIGNIFICANTE" E O TÍTULO APTO À AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE COMO "SIGNIFICADO": A FORMA COMO REALIZADORA DA SUBSTÂNCIA PARA ALÉM DA ABSTRAÇÃO OITOCENTISTA

A abstração e o individualismo proprietário são características que representam o discurso proprietário clássico, oriundo do Estado Liberal, que teve por justificativa e propósito de conceber segurança ao tráfego jurídico da riqueza imobiliária burguesa. O argumento capitalista ainda se mantém, especialmente em face da globalização e da relação egoística entre as pessoas e seus bens.

O constitucionalismo, desde a perspectiva do Estado Social europeu, vem, em um movimento lento, minimizando a intocabilidade e o absolutismo da propriedade em relação aos poderes do titular. Mais especificamente no Brasil, em que pese desde a década de 1940 se venha afirmando uma socialização da terra e dos bens imóveis em geral, somente com o advento da Constituição de 1988 é que se começou a difundir a relativização da relação absoluta do proprietário com seus bens, mormente pela densificação do princípio da função social.

---

<sup>596</sup> Como adverte Pablo Malheiros da Cunha Frota: "Manter situações novas em roupagens antigas é a técnica utilizada pelos conservadores inteligentes, que nada acrescentam ao conteúdo da situação e não a resolvem de forma adequada. Eles procuram explicar os contratos contemporâneos pela teoria do negócio jurídico expondo a estrutura e os conceitos gerais dos diversos tipos de negócios, mas ocultando que o fundamento ideológico do negócio jurídico (liberalismo econômico) é diverso dos atinentes aos contratos atuais (cooperação e justiça). O negócio é ato isolado e abstrato e o contrato uma atividade concreta, a ensejar a desnecessidade da existência da figura do negócio jurídico – generalizante que não explica a multiplicidade de sentidos dos contratos – não obstante o CC/2002 – arts. 104-184 – e parte da doutrina conferirem significância ao conteúdo." (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p.77).

Não obstante, apesar de o discurso jurídico de superação do modelo oitocentista ser recorrente, muito ainda pende de conscientização para que tal dogmática seja ultrapassada. Como última referência ao passado, e na tentativa de reafirmar a necessidade da travessia da forma para substância, leia-se a perspectiva fundamentadora dos Códigos, nas letras de Antonio Hernández Gil:

*La 'propiedad privada' es la expresión jurídica culminante – sobre todo en la línea histórica del liberalismo y el capitalismo – del poder de la persona sobre las cosas. El propietario ostenta una prerrogativa de rasgo superior que le permite decidir acerca del destino de lo apropiado. Las facultades de utilización, secuela del derecho, pueden consistir, ya en el uso, ya más ampliamente en el aprovechamiento y disposición de los bienes como capital creador de dinero o renta. Todo acto de gestión o disposición jurídica que no traiga consigo la enajenación (o sea la transferencia a otro del poder dominical) es compatible con la subsistencia del derecho de propiedad que, por lo mismo, puede revestir las más diversas manifestaciones. No requiere de suyo servirse de las cosas de modo personal directo cuenta su utilización económica. Propietario es el receptor de las ventajas derivadas de la adscripción dominical. Más aún, a la propiedad privada le es indiferente cualquier contenido concreto. La cualidad de propietario se sobrepone al actuar como propietario. La titularidad formal es lo importante.*<sup>597</sup>

A menção ao autor espanhol, naturalmente de nuance crítica, impulsiona à certeza de que o pretérito guardou suas razões na formação do *status quo ante* relativo ao direito proprietário. A partir dele é possível ratificar o que foi objeto de acerto e retificar o que houve de equívoco. A lição que extrai, entretanto, é a de que o presente, visando a uma mais humana edificação do futuro, deve pautar-se pela primazia do "ser" em relação ao "ter", mediante o acesso e a liberdade, que propiciará vislumbrar uma perspectiva de "poder ser" e "poder ter".

---

<sup>597</sup> GIL, Antonio Hernández. **La función social de la posesión**: ensayo de teorización sociológico-jurídica. Alianza: Madrid, 1969. p.7. (Tradução livre: "A 'propriedade privada' é a expressão jurídica culminante – especialmente no caminho histórico do liberalismo e do capitalismo – do poder da pessoa sobre as coisas. O proprietário detém a prerrogativa de traço superior que lhe permite decidir sobre o destino do que é apropriado. Os poderes de usar, garantidos pelo direito, podem consistir, no uso, mais amplamente no aproveitamento e disposição dos bens como capital criador de dinheiro ou renda. Qualquer ato de gestão ou disposição jurídica que não tragam a eliminação (ou seja a transferência do domínio para outrem) é compatível com a subsistência da propriedade que, pelo mesmo motivo, pode revestir as mais diversas manifestações. Não é necessário o uso das coisas de modo direto e pessoal quanto à sua utilização econômica. O proprietário é o destinatário das vantagens derivadas da descrição dominial. Mais ainda, a propriedade privada é indiferente a qualquer conteúdo concreto. A qualidade de proprietário se sobrepõe ao agir como dono. O título formal é o que é importante.)



Os movimentos codificadores liberais elegeram o patrimônio – a propriedade, em especial – como valor social mais relevante, reduzindo a pessoa à qualidade de sujeito de Direito, abstraído de sua dimensão real, que passou a figurar como simples e formal polo de relação jurídica.<sup>598</sup> Em outras palavras, o indivíduo surge da necessidade de que o patrimônio tenha um titular.<sup>599</sup>

No Código Civil brasileiro, ainda que em vigor desde o recente ano de 2003, a situação não é diferente. O tom da lei é de forte prevalência pelo econômico, mesmo que se tenham inserido alguns valores oriundos do constitucionalismo brasileiro pós-1988, a pessoa ainda está em condição desprivilegiada.

O Judiciário<sup>600</sup>, o Executivo (por meio de seus serviços públicos ou privados), o Legislativo, todos devem ter por objetivo em suas ações e planejamentos a consecução dos objetivos que garantam à pessoa o acesso às suas necessidades, pautadas (expressamente, ou não) como garantias fundamentais na ordem constitucional.

A liberdade e a atenção que a pessoa merece, na sequência da reflexão ora em plano, em se nada se aproximam do individualismo liberal já objeto de estudo<sup>601</sup>, mas, ao contrário, estreitam-se com a verdadeira intenção de prestigiar a dignidade da pessoa, alcançando o ser concreto, que vive em um mundo real e se vê envolvido em situações palpáveis, com anseios, necessidades e direitos.<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p.47.

<sup>599</sup> Vide, neste sentido, BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p.49.

<sup>600</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.156.

<sup>601</sup> Como justifica Luiz Edson Fachin, em seu Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: "Daí porque o trabalho presente não é (nem pode ser) um retorno ao liberalismo florescido no século XVIII, nem às fontes do contratualismo social. Distancia-se, também, na defesa que faz do patrimônio mínimo, do absolutismo das titularidades, seja a propriedade, seja o crédito. A tese encontra-se conexcionada ao princípio da dignidade humana, de foro constitucional, diretriz fundamental para guiar a hermenêutica e a aplicação do Direito, e para nortear o rumo do presente trabalho. A reflexão sobre o patrimônio pode (e deve) estender-se em dois horizontes complementares: o primeiro, aquele que supere o limite individual da guarida e abrace a coletividade; o segundo, aquele que voe do presente para alcançar o futuro, mesmo que em incerta e improvável utopia." (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.287-288).

<sup>602</sup> *Ibid.*, p.23.

Nas palavras de Paulo Lôbo:

O desafio que se coloca ao civilista é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio, superando o individualismo proprietário da modernidade liberal e, por igual, do individualismo de massa do consumidor na contemporaneidade, de que fala Barcellona. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens e de consumo.<sup>603</sup>

O momento é de se considerar a pessoa como ser integral e não mais como mero sujeito de direitos. É nesse sentido a lição de Gustavo Tepedino, ao afirmar que:

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio – qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.<sup>604</sup>

A pessoa, assim, prefere e deve ser vista, sempre, previamente ao patrimônio. Por isso, Pietro Perlingieri fala da já aqui tão repetida despatrimonialização do Direito Civil, como "uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento jurídico se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim em si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo depois, como valores)."<sup>605</sup>

Na perspectiva de Luiz Edson Fachin, porque a repersonalização é fundamento, a partir da dignidade humana, para se alcançar a efetividade de um mínimo existencial. Veja o ensinamento:

O pólo nuclear do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico. Contudo, a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um

---

<sup>603</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p.47-48.

<sup>604</sup> TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.2, p.v, editorial, abr./jun. 2000.

<sup>605</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.33.

direito civil repersonalizado – o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e patrimoniais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional.<sup>606</sup>

Uma vez que se faz necessária uma releitura prospectiva do discurso que fundamenta a propriedade pela técnica registral codificada, atualmente configurada como dado jurídico abstrato, individualista, absoluto e impregnado de dogmatismo legalista, na trilha do pensamento de Eroulths Cortiano Junior, a justificativa é clara:

A Constituição, ao alavancar o modelo proprietário na função social e na repersonalização do direito, abre possibilidades. Trata-se de um modelo aberto e plural, já que a norma constitucional define apenas sua moldura. As possibilidades de construção de um novo discurso proprietário, agora discurso da propriedade solidarística e vinculada à supremacia dos valores existenciais, precisam ser descobertas, imaginadas e criadas. É necessário ao operador trabalhar com materiais pré e extrajurídicos para conformar as novas situações proprietárias; enfim, é necessário emancipar o direito de propriedade daquilo que o liga com o discurso que se rompeu.<sup>607</sup>

O formalismo codificado e o conceitualismo jurídico, abstratos e insensíveis, não podem servir – contemporaneamente – de fuga à garantia proprietária daquele que demonstrar boa-fé na contratação da compra de um bem imóvel, até porque a finalidade do contrato é o alcance da propriedade. A função social como liberdade, mandamento constitucional concretizante, deve assegurar tal garantia.

Na mesma condução de ideias, o discurso de aquisição da propriedade imóvel precisa encontrar seu coerente lugar no contexto constitucional, que prevê a aludida funcionalização a partir da concreção da dignidade, da moradia e do acesso a uma vida digna.

No desiderato deste trabalho, talvez não se faça necessário, como diria Natalino Irti, "uma fuga do Código Civil"<sup>608</sup>, mas, quem sabe, utilizar-se de algumas "reservas à codificação"<sup>609</sup>, nas palavras de Francisco Amaral.

---

<sup>606</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.251.

<sup>607</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.191.

<sup>608</sup> IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992. p.37.

Importante, contudo, é seguir na tentativa de sugerir alguma diretriz suficiente como alternativa dogmática que favoreça uma nova interpretação e aplicação do art. 1245 do Código Civil (e seguintes), concedendo força ao contrato de compra e venda coerentemente construído.

Nessa condução de propósitos, mister que se reconheça a Carta Magna como mais do que uma Constituição Positiva, praxe na doutrina tradicional. A atual Constituição tem por objetivo ser substantiva, ou seja, que seu conjunto de princípios, explícitos e implícitos, tenha força concretizadora e eficácia direta, inclusive nas relações entre particulares.

Considerar a principiologia constitucional é compreender da contemporânea força normativa concebida aos fatos que, por meio da concretização das realidades de vida, desencadeiam a promoção da justiça, efetiva, realística, em substituição à construção do direito positivo legalista, que se manteve divorciado da ideia de justiça e de ética<sup>610</sup>, sob o fundamento do poder totalizante e sancionatório do Estado.

A dificuldade que existe, no mais das vezes, é o exercício de densificação e compleição do conteúdo dos princípios e sua relação de conformidade ou incompatibilidade com eventuais regras, especialmente quando se colocam em discussão as possibilidades e os limites da Função, mormente como liberdade substancial, no âmbito do Direito Civil.<sup>611</sup>

---

<sup>609</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.157-160.

<sup>610</sup> BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p.26.

<sup>611</sup> Não se desconhece a relevante construção do direito constitucional sobre as técnicas tendentes a solucionar a colisão entre princípios e regras, especialmente em Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Não obstante, nesta tese elegeu-se como marco teórico para a tentativa de oferecer uma solução compatível com o perfil contemporâneo da relação entre Constituição e relações interprivadas, a perspectiva civil-constitucional situada no pensamento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, uma vez que embora as noções de ponderação e proporcionalidade sejam de grande relevância, são insuficientes, mantendo-se a problemática em aberto, posto que, ainda que criticando o absolutismo jurídico, elas mesmas estão aprisionadas ao normativismo legalista, por não reconhecer a força normativa dos fatos. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.239-241).

Para tanto, ao se permitir compreender o Direito Civil na legalidade constitucional, entende-se a Constituição como *locus* a conferir ao jurídico significado aos diversos significantes que o Direito apresenta em virtude de sua estrutura aberta, ao contrário do clássico sistema fechado, orientado pela rígida subsunção.

Na temática ora em construção, o contrato merece, como significante, uma nova significação no que pertine à sua estreita ligação com a propriedade imóvel. Em outras palavras, a partir de tudo o que se percebeu acerca das transformações pelas quais o conceito de contrato e de propriedade passaram posteriormente a 1988, vistas até agora, cabe refletir sobre a possibilidade de entender o contrato com título apto a transferir a propriedade imóvel, em situações específicas sem (ou com) a exclusão por inconstitucionalidade dos artigos que no Código Civil tratam da matéria.

Acredita-se na possibilidade de se alcançar resultado coerente na construção da ideia em destaque, por meio do exercício hermenêutico construtivo e prospectivo da Constituição. E foi esse o intuito até aqui objeto de desenvolvimento, ou seja, norteado pela constitucionalização do Direito Civil, fixou-se a base necessária a entender da transição do individualismo e da abstração dos oitocentos, para a funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil na atualidade. A par disso, tratou-se dos conteúdos e das nuances da função social da propriedade e da necessidade de sua reordenação teleológica. Seguiu-se, pela trilha do contrato com seu novo conceito e elementos, para, aí sim, alcançar a possibilidade de discussão acerca da superação da teoria dos planos separados.

A função social do contrato como liberdade, que a partir da sua eficácia interna e externa, viabiliza a ampliação do universo capacitatório das pessoas, e lhes permite construir direitos e demonstrar suas intencionalidades, culmirá na densificação da função social da propriedade em seu favor, permitindo que se demonstre – e prove, mediante boa-fé, solidariedade, cooperação e alteridade – o preenchimento dos requisitos a se constituir titular do domínio sobre o imóvel.

Trata-se de ressignificar o "significante contrato", que resultará no "significado de título suficiente à aquisição por transmissão inter vivos da titularidade imóvel". O contrato, portanto, densificado pela realidade constatada no caso concreto, que se encontra em perfeita sintonia com as garantias e a axiologia constitucionais, gera a constituição da propriedade, para além da forma registral, pelo mecanismo, por exemplo, da interpretação conforme.

Ricardo Aronne, nesse sentido, observa que:

A positivação expressa desse princípio [dignidade da pessoa humana na condição de densificadora do Estado Democrático e Social de Direito] conduz, pelo viés normativo, a 'repersonalização' do direito das coisas. Quando uma norma não dá vazão aos vetores axiológicos traçados, poderá ser retirada do ordenamento, por substancial inconstitucionalidade, no caso de inviabilidade da funcionalização; que é obstaculizada pela teoria clássica, no trato das titularidades como direitos absolutos, seccionando-os do direito das obrigações, pela via conceitual.<sup>612</sup>

Nessa perspectiva, considerando-se que o art. 1245 e seus combinados seguintes não são suficientes para funcionalizar, no ordenamento codificado, o acesso à propriedade por meio do contrato, nas perspectivas retro analisadas, de função como liberdade substancial, novo conceito e conteúdo dos contratos e pela superação da teoria dos planos, antes a sua ineficiência atual.

O contrato é o *locus*, no direito brasileiro, que reúne todas as manifestações e consequências da atividade de transmissão imobiliária. O registro se coloca, tão somente, como uma solenidade a conceder publicidade e pretensa segurança.

Essa solenidade rígida e típica do absolutismo aludido por Paolo Grossi<sup>613</sup> não pode mais ser vista como privilegiada em detrimento da substância, refletida nas intenções e finalidades havidos no seio situações subjetivas internalizadas no contrato. A construção do sistema solene de transferência, *inter vivos*, da propriedade, remonta ao final dos anos 1800. O fundamento era a segurança absoluta dos titulares. Clóvis Beviláqua foi explícito no sentido de que o registro é "tradição solene": "A propriedade móvel transfere-se, *inter-vivos*, pela *tradição*, a imóvel pela *transcrição*, que é uma tradição solene, sendo ambos modos derivados de adquirir."<sup>614</sup>

---

<sup>612</sup> ARONNE, Ricardo. Os direitos reais codificados no curso da constitucionalização do direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Coord.). **Os 10 anos do código civil**: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.439.

<sup>613</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.240.

<sup>614</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3. p.54.

Não é possível que se leia o Direito de hoje com as lentes dos oitocentos, mesmo que esse Direito tenha se reeditado no ano de 2002. Isso porque, tal reedição foi, no Código em vigor, efetivada à revelia dos compromissos constitucionais de acesso, funcionalização e liberdades da Lei Maior de 1988.

Despicienda a crítica ao legislador de 1916, sob o risco de incorrer-se em injustiça ou grave equívoco, diante das realidades temporais. Nem por isso deve-se aplaudir o edificador de 2002, visto que, este sim, tinha por dever a construção de um sistema de trânsito imobiliário que atendesse às necessidades de todas as pessoas e não somente dos proprietários formais, mormente pelas condições de realidade de um país como o Brasil.

As partes se integram, debatem intenções e alcançam resultados no interior da relação contratual. O registro nada mais é do que uma formalidade absolutamente alheia a qualquer situação contratual. Constituindo-se o "negócio jurídico", em nossos dias, como atividade, dinâmica e sem rupturas internas, condicionada a realizar as liberdades substanciais da pessoa concreta, não se justifica constitucionalmente sonegar ao detentor de justo título o direito à propriedade, sob o abstrato e absoluto fundamento solene.

Os encontros de intenção, na sociedade complexa e plural contemporânea, ficam sem salvaguarda jurídica sob os auspícios do legalismo. Veja-se que não se está a tratar de legalidade, mas de legalismo, ou seja, o apego indiscriminado à formalidade da lei, mesmo que em detrimento de interesses legítimos salvaguardados em local diverso, no ordenamento.

A edificação em curso de uma juridicidade que emancipe e conceda liberdade substantiva às pessoas não se compatibiliza com o formalismo exegético e o absolutismo jurídico. Pode-se extrair de um fragmento da ética em Enrique Dussel, uma perspectiva relevante à construção objeto deste desenvolvimento de ideias:

A práxis da libertação é a ação possível que transforma a realidade (subjetiva e social), tendo como última referência sempre alguma vítima ou comunidade de vítimas. A possibilidade de efetivamente libertar as vítimas é o critério sobre o qual se funda o princípio mais complexo desta ética – que subsume todos os outros princípios num nível mais concreto, complexo, real e crítico.

O critério de transformação ético-crítico é um critério de factibilidade em referência às possibilidades de libertação da vítima ante os sistemas dominantes: a partir da existência da vítima como capacidade efetora (o 'ser', o dado) a realidade objetivo-sistêmica se manifesta como a oposição à sua plena realização (o 'desenvolvimento' da vida humana em geral).<sup>615</sup>

A perspectiva de Dussel – à qual não se tem aqui intenção de esmiuçar – pode ser objeto de reflexão no tema em contexto, tendo em vista que "as vítimas" no sistema proprietário são os não proprietários de direito, mas que, indiscutivelmente, são proprietários em condições de fato, ou seja, o formalismo fruto do estruturalismo desmedido e da concentração da força legal, limita a plenitude de realização da vida desses atores sociais.

Repita-se, sem qualquer intenção de cunho ideológico, o que se defende aqui é, unicamente, a visão jurídico-constitucional de concretização da realidade fática da vida do adquirente, em ser dono de bem imóvel que lícitamente adquiriu, mas a técnica legal, não lhe favoreceu, sequer, a discussão de seu Direito, na medida em que doutrina e jurisprudência caminham unidas no sentido da indiscutibilidade e prevalência do registro no direito brasileiro imobiliário.

O direito formal deve realizar o direito material, e não o contrário. Em que pese o Direito Civil seja entendido objetivamente como inserido na qualificação de direito material – na compartimentalização clássica do Direito –, em seu interior, como em todas as disciplinas jurídicas, existem assuntos de direito formal ou, em outras palavras, procedimental.

O excesso de forma no procedimento não tem mais lugar como efetivador de segurança e, em especial, para além da própria realização do direito que estipula as regras de convivência, ou seja, o direito material.

Nesse sentido, relevante lembrar, com Paulo Nalin, que a segurança dos Códigos, típica da proteção burguesa do século XIX, é procedimentalista e instrumental:

Enfim, a motivação ideológica era a preservação do '*mundo da segurança*'. Segurança jurídica que se identificava com regras destinadas ao perpétuo, assentadas num plexo de procedimentos e formalidades. As formas, neste prisma, representam a segurança ao cidadão, indissociável da ordem jurídica. Não sem propósito, a valorização do direito processual (forma e instrumento)

---

<sup>615</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 3.ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2007. p.558-559.



em detrimento do direito material, e da consagração constitucional de princípios eminentemente processuais, assentados no âmbito dos direitos fundamentais da Carta brasileira de 1988, como, v.g., o *due process of law*, o princípio da inocência, o do juiz (tribunal) natural, etc., todos estes princípios e tantos outros garantem, por meio das formas processuais, o mundo ideológico da segurança jurídica.<sup>616</sup>

A sistemática é a mesma a ser considerada na relação entre o direito material e o direito processual civil, que dizer, o direito material é o objetivo a ser alcançado pelo processo. As regras do processo são dotadas de máxima importância, mas, no dizer de Giuseppe Chiovenda: "tem por objeto a relação jurídica entre as partes deduzida em juízo pelo autor (relação jurídica substancial)"<sup>617</sup>, motivo pelo qual, a forma não se põe, contemporaneamente, a prevalecer sobre o objeto<sup>618</sup>.

O objeto, portanto, é alcançar a propriedade. É a finalidade de resolver uma atividade jurídica que deve prevalecer a partir de suas funções, quer como finalidade, quer como liberdade, quer como restrição, quer mesmo como uma amálgama de todas estas.

A realidade é o que se busca e não uma mera aparência de segurança, forte no individualismo, na abstração típica da pandectística e na filosofia dos conceitos. Esses conceitos mostraram-se insuficientes para proteger a coletividade e a pessoa. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes:

---

<sup>616</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.75. Na edição em italiano, p.68.

<sup>617</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v.1. p.21. Em sentido idêntico, FAZZALARI, Enzo. **Lezioni di diritto processuale civile**: processo ordinario di cognizione. Padova: CEDAM, 1995. p.6. Pontes de Miranda é claro: "O conteúdo das pretensões é diverso, de conformidade com o direito de que emanam. Tem-se dito que se tratam como os direitos de crédito; mas logo se abre exceção para as pretensões reais." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo 1. p.61). Este autor já se manifestou nesses termos, em: SILVA, Alexandre Barbosa da. Tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela específica, execução imediata da sentença e a execução fundada em título provisório nos anteprojetos de reforma do Código de processo civil: uma análise inicial. In: MARINONI, Luís Guilherme; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.89-112.

<sup>618</sup> Este autor, igualmente, já se posicionou nesse sentido em: SILVA, Alexandre Barbosa da. *Op. cit.*, p.90.

Se o Estado de Direito, iluminista e racional, mostrou-se insuficiente para a proteção da coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, e rumar em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana.<sup>619</sup>

A substância do Direito está no fato, que exige respostas às concretudes não resolvidas na esfera da natureza. Portanto, o Direito Civil merece ser (re)construído a partir de uma força normativa dos fatos, que conduza a realidade – ainda que difícil, variável e complexa – à proteção jurídica integral e não abstrata. O discurso corrente é no sentido do subjetivismo que tal prospecção gera, por exemplo, no âmbito do decisionismo judicial, em que o julgador "julgaria conforme a sua consciência", no dizer de Lênio Luiz Streck.<sup>620</sup>

Em momento algum falou-se em decisão "conforme a vontade do juiz" neste texto, mas em análise específica do caso concreto. Os fatos devem ser demonstrados concretamente, fundamentados no Direito – na Constituição, nas leis e demais normas – não sendo dado ao julgador avançar aludidos referenciais.

Ademais, como se verá por ocasião do último tópico (item 4.4.), existem postulados hermenêuticos de solução adequada a solucionar o normal temor do subjetivismo judicial. Impossível, no entanto, manter-se o estado de coisas oriundo da estrita legalidade no Direito Civil atual, que contribui para a ineficiência do sistema como um todo e para a negação de direitos e garantias básicas das pessoas.

Como analisa Marcelo Borges de Mattos Medina, "a concretização das normas de tal documento [Constituição], portanto, resulta de uma aproximação dialética entre o sentido atribuído aos seus dispositivos e os contornos divisados na situação de fato por eles disciplinada."<sup>621</sup>

---

<sup>619</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.40.

<sup>620</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.33.

<sup>621</sup> MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e realidade**: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.97.

Pietro Barcelona conduz essa reflexão no sentido de que o saber moderno é hipotético, provisional e revisável, como um cálculo tecnológico, enquanto a verdade é potência da técnica, potência dos instrumentos e controle da natureza. Aduz, que a técnica em sua definição significa a negação de toda a realidade. Finalizando, conclui, que a insegurança não está na realidade, mas no sistema científico tecnológico, que pretenda ofertar lógica hipotética a todas as situações da vida.<sup>622</sup>

Excelente dado jurídico-funcional que serviu de base a essa fuga da abstração e das construções hipotéticas, como a rigidez da *pacta sunt servanda*, pode ser localizado no âmbito do Direito do Trabalho, a partir de um princípio ali objeto de relevante estudo, e que tem o condão de constituir-se como um dos fios condutores da presente tese, é o denominado Princípio da Primazia da Realidade, que conduz à compreensão preferencial da situação de fato – a realidade – quando em conflito com a forma contratual laboral e, até mesmo, dispositivos legais referentes à relação de trabalho.

É, em outras palavras, o que Américo Plá Rodríguez construiu no direito uruguaio, nos termos seguintes: "O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, *deve-se dar preferência ao primeiro*, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos."<sup>623</sup>

Não se olvide, por importante, que a ideia do mencionado princípio surgiu da construção de Mario de La Cueva<sup>624</sup>, ao referir-se ao que tratou por "contrato-realidade"<sup>625</sup>, que tem o seguinte fundamento:

---

<sup>622</sup> BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p.29.

<sup>623</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 3.ed. atual. São Paulo: LTR, 2000. p.142.

<sup>624</sup> Américo Plá Rodrigues informa que apesar de o contrato-realidade ter tomado corpo no mundo a partir da construção de Mario de La Cueva, em verdade: "As idéias expostas foram sustentadas pela primeira vez entre nós pelo douto *Alfredo Iñárritu*, Ministro da Suprema Corte de Justiça, no Conflito n. 133-36, suscitado entre a Junta Federal de Conciliação e Arbitragem e o do 10.º Juízo Civil da cidade do México, para conhecer reclamação apresentada por José Molina Hernández contra a Cia. Mexicana de Petróleo El Aquila S.A. Nesse conflito de competência o Ministro *Iñárritu* usou também, pela primeira vez entre nós, o termo contrato-realidade. O Pleno da Corte não soube, contudo, dar-se conta do problema suscitado, nem houve sequer Ministro que respondesse às observações do Dr. *Iñárritu*". (*Ibid.*, p.145).

A existência de uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque, como diz *Scelle*, a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.

[...]

Em razão do exposto é que o contrato de trabalho foi denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta e não aquele acordo que determina sua existência.<sup>626</sup>

Essa conjugação de ideias trouxe ao direito do trabalho brasileiro a perspectiva de fazer prevalecer ao contrato escrito, ou à lei, a realidade da situação de fato vivida pelo empregado, ou pelo empregador, por conta da ambivalência de que trata Américo Plá Rodríguez<sup>627</sup> ao invocar o princípio da primazia da realidade, visto que a substância deve prevalecer sobre a forma na solução do contrato.

Veja que a construção do pensamento surge do Direito Civil, quando os juslaboristas perceberam que nos contratos de direito privado o consenso bastava para a produção dos efeitos, com o cumprimento obrigatório de seus termos pela regra da *pacta sunt servanda*, independente da realidade a que as partes se submetiam, chegaram à conclusão que nas relações de trabalho não poderia esse formalismo prevalecer, sob pena de prejuízo aos negociantes.

Como orienta Guilherme Guimarães Feliciano: "No Direito Civil e Comercial, a ontologia do contrato não está essencialmente atrelada ao seu cumprimento, enquanto

---

<sup>625</sup> CUEVA, Mario de La. **Derecho mexicano del trabajo**. 2.ed. México, DF: Porrúa, 1943. Tomo 1. p.381.

<sup>626</sup> *Ibid.*, p.393.

<sup>627</sup> Vide a intenção do autor: "Isto se explica seja pela própria natureza dos princípios de que se trata. Na busca da verdade real - que inspira o princípio da primazia da realidade - qualquer das partes pode invocar a verdade verdadeira diante dos aspectos formais que a desfigurem. O trabalhador não pode invocar o formal para contestar o argumento derivado da verdade dos fatos. Ou melhor, se vier a fazê-lo, o empregador poderá invocar esse princípio da primazia da realidade para fazer prevalecer a verdade sobre a aparência, o formalismo ou a ficção." (RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 3.ed. atual. São Paulo: LTR, 2000. p.24).

no Direito do Trabalho o contrato individual não fica 'completo' senão por meio da execução de seu objeto."<sup>628</sup>

A inspiração típica das teorias anticontratalistas, que tem em Mario de La Cueva árduo defensor, mereceu críticas de contratalistas, como Orlando Gomes, no sentido de que os anticontratalistas confundem formação com conteúdo da relação de trabalho, assim como liberdade com vontade.<sup>629</sup> A vontade e liberdade descritas por Orlando Gomes estão vinculadas ao pensamento reinante no Estado Liberal, de autonomia privada, o que o faz rejeitar o contrato-realidade.

Anote-se, por relevante, que o contrato-realidade e o princípio da primazia da realidade não se confundem. Entrelaçam-se em seus fundamentos, mas a origem do princípio tem como pano de fundo a realidade contratual difundida por Mario de La Cueva.

É possível dizer que o juslaboristas foram muito mais perspicazes que os próprios civilistas, na medida em que as teorias aqui discutidas nascem da crítica ao contratalismo formal e absolutista do século XX, mormente da estrutura codificada que tinha por fulcro a liberdade travestida de autonomia privada e a *pacta sunt servanda*, em detrimento da funcionalização do contrato.

Curioso perceber que somente agora, no pós-constituição de 1988, e sob a influência de um Direito Civil que pretende realizar verdadeiramente as liberdades, é que se traz à luz fundamentos já produzidos pelos teóricos – com visão evidentemente prática – do Direito do Trabalho, cujo tempo retorna à década de 70 do século passado. Os autores mencionados, em especial Mário de La Cueva, já criticavam o modelo estruturalista do Direito Civil liberal, abandonando-o, com a edificação do então "novo" olhar funcional (pode-se até dizer libertário) das relações de trabalho.

Jair Aparecido Cardoso deixa muito clara a proposta juslaboral, mas que hoje se encaixa perfeitamente no Direito Civil que se está a edificar a partir da despatrimonialização e da constitucionalização. Veja:

---

<sup>628</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p.265.

<sup>629</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.152-160.

O contrato de trabalho, por sua vez, em razão de suas características próprias e de sua finalidade protetora, distancia-se da teoria civilista, pois, como também já acentuado, perfaz-se com a efetiva relação de emprego. É após a concretização desse contrato que decorre toda proteção do Direito do Trabalho, que tem por inspiração objeto também diverso do Direito Civil, pois é um campo do Direito, por essência, protetor da vida, da saúde e das condições econômicas do trabalhador, 'e parte do pressuposto fundamental da prestação de serviço e é, em razão dela, que impõe ao patrão as cargas e obrigações'.<sup>630</sup> (grifo nosso)

A despatrimonialização do Direito Civil está exatamente nessa frequência: a de proteger a vida, centrando a pessoa no ordenamento jurídico, com posterior preocupação com o patrimônio.

Como afirma Luiz Edson Fachin, "o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como a 'serviço da vida' a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo"<sup>631</sup>. É o que se quer com a repersonalização do Direito, ou seja, a pessoa vem antes e somente por ela deve existir todo o contexto jurídico e, por via de consequência, a propriedade.<sup>632</sup>

Pensar o "ser" para além do "ter" é agir na perspectiva da repersonalização do Direito, movimento que tem por intenção, desde o final da segunda grande guerra, que os ordenamentos jurídicos propiciem meios de preferir a pessoa ao patrimônio.<sup>633</sup>

---

<sup>630</sup> CARDOSO, Jair Aparecido. **Contrato realidade no direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2013. p.89.

<sup>631</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.21.

<sup>632</sup> Importante referência, também, é o trabalho de Orlando de Carvalho, datado de 1951, sob o título: Para uma teoria humana da propriedade: do problema do ser ao problema do ter. **Revista Estudos**, Coimbra, p.315-354, jan./fev. 1951.

<sup>633</sup> Indispensável a lição de Orlando de Carvalho sobre o tema: "Neste sentido é que se julga oportuna a 'repersonalização' do direito civil — seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha—, isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Sem essa raiz um tal direito é ininteligível, não tanto porque o grosso das instituições civilística apela ainda para a autonomia da vontade, pelo menos na forma da liberdade de conclusão, mas principalmente porque o civismo ou civilismo é uma ideia que ou já não tem qualquer nexos ou tem-no justamente por ser o círculo da pessoa. Sem dúvida que esta directriz personalista tende a imprimir-se a todo o mundo do Direito, salientando-se, quer contra o relativismo, quer contra os transpersonalismos que o relativismo alimentou (do Estado, da Nação, da Raça), que o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, e, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescindível dos valores." (CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2.ed. actual. Coimbra: Centelha, 1981. v.1. p.90).

É a perspectiva de "poder ser" e, a partir disso, construir-se a liberdade (verdadeira) do "poder ter".

A visão verdadeiramente funcional captada pela justificação do contrato-realidade e do princípio da primazia da realidade servem de exemplo a iluminar os caminhos do Direito Civil de índole constitucional, não em prol do casuísmo, mas da solução concreta das questões complexas que envolvem a propriedade e os contratos no direito brasileiro contemporâneo. A funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil tende a seguir essa consideração que prima pela realidade em detrimento do formalismo excessivo, fruto dos códigos oitocentistas, reconhecidamente patrimonialistas.

É mister que se perceba, portanto, que a forma não pode ser mais relevante do que a substância<sup>634</sup>, de maneira que o contrato, atendendo a sua função social, na perspectiva da(s) liberdade(s), prestigia o abandono do abstrato para privilegiar a realidade.

Isso tudo deve ser aplicado à realidade dos contratos, nas relações de pertencimento, em detrimento da aplicação desmedida e destemperada do art. 1245, que não expressa a realidade, mas consubstancia-se em forma eleita por norma fora do seu tempo, que desatendeu objetivamente à promessa e intenção constitucional de funcionalização e, em especial, da função social como liberdade.

De tudo o que se percebeu, relevante a perspectiva de Luiz Edson Fachin, no sentido de que os institutos fundamentais dos Direito Civil – titularidades, trânsito jurídico e projeto parental – devam ser analisados para além do direito clássico, visto que "a realidade contemporânea arquivou o projeto do conceitualismo"<sup>635</sup>, tornando possível, a partir de sua proposta de que o direito à propriedade se vincula a *acesso*<sup>636</sup>, ressignificar, com base na funcionalização, o *significante* contrato, para um *significado* de corporificação da transmissão da propriedade imóvel, independentemente de registro, sempre a partir da perspectiva dialógica e da análise concreta das situações subjetivas reinantes na atividade relacional.

---

<sup>634</sup> Sobre a temática aqui abordada, veja, também: LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2013.

<sup>635</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.204.

<sup>636</sup> *Ibid.*, p.318.

### 3.2 A POSSE COMO ELEMENTO CONSTRUTOR DA PROPRIEDADE: A MELHOR VALIA SOCIAL DA PROPRIEDADE AOS CONSIDERADOS "NÃO PROPRIETÁRIOS"

Como se analisou na primeira parte deste escrito, a posse deve ser considerada como direito autônomo, mas tem indeclinável importância na formação do conteúdo da função social como liberdade, aqui considerada com liberdade positiva, ou seja, possibilidade de ampliação das capacidades para alcançar direitos, especialmente aqueles fundamentais.

Isso porque a posse é realidade e efetividade, no mais das vezes suficiente para a demonstração do pertencimento, como afirma Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Sem desconsiderar que há um sentido coletivo que não deve ser eliminado da função social, pode também dela emergir uma valorização do exercício concreto do pertencimento individual sobre algo, seja pelo proprietário, seja por um não proprietário que, mediante contrato, direito real limitado ou, mesmo, por um possuidor cuja posse não tenha advindo de qualquer dos títulos anteriormente mencionados.  
[...]  
Aí se pode aferir uma relação de fundamentação possível da função social da posse pela função como liberdade(s): é aspecto relevante para a consecução da função social da posse a promoção da liberdade efetiva do possuidor e das pessoas que dele dependem economicamente. Essa posse que gera liberdade pode ser reputada como posse tendente ao cumprimento, também, de sua função social.<sup>637</sup>

A complexidade e pluralidade das situações de fato e, ainda, a mencionada modificação do panorama funcional dos institutos fundamentais do Direito Civil concederam à posse a qualidade de direito autônomo e fenômeno de realidade, fazendo com que maiores fundamentos e justificativas de causa (*corpus* e *animus*) fossem flexibilizados nas teorias contemporâneas da posse<sup>638</sup>, especialmente diante da

---

<sup>637</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.244 e 248.

<sup>638</sup> Sob esse ângulo, afirma João Batista Monteiro que a posse é um fenômeno jurídico dotado de autonomia, não havendo necessidade de perquirir a causa ou título para sua proteção, porque prescindíveis. (MONTEIRO, João Batista. **Ação de reintegração de posse**. São Paulo: RT, 1987. p.18).



sua potencialidade como instrumento para a satisfação das necessidades sociais, como conteúdo de aquisição de titularidades, ainda que em formato diverso da propriedade.<sup>639</sup>

Nesse contexto, e considerando-se que a posse é elemento de grande relevância para a densificação da função social como liberdades, torna-se traço distintivo no fortalecimento do contrato de transmissão imobiliária, para além das tradicionais hipóteses de usucapião.

Sem qualquer intuito de desmerecimento das qualidades jurídicas e sociais que a esfera possessória reproduz na sociedade, especialmente em face de sua autonomia em relação à propriedade, esta é preferível como concretização das promessas constitucionais de realização da dignidade humana.

A propriedade, diante dos novos contextos sociais, torna-se mais "útil", tem maior valia, do que a posse, para peculiares situações de vida de algumas pessoas. É possível mencionar como exemplo a utilização do bem – de forma descomplicada – para servir de garantia à obtenção de recursos mediante financiamentos de toda a ordem.

Além, naturalmente, da tranquilidade que proporciona ao titular, no que se refere à qualidade de vida e maior estabilidade para o desenvolvimento livre da dignidade humana, que na família, quer na individualidade.

Somado a tudo isso e, talvez o mais importante, é que a posse contribuirá sobremaneira na apreciação do caso concreto, densificando a teleologia do contrato como ânimo de transferir o imóvel, com a promoção de elementos suficientes à sua ressignificação no sentido de título suficiente, mesmo sem registro.

A posse, ainda, no dizer de Roberta Mauro Medina Maia, é "mecanismo de publicidade natural"<sup>640</sup>, que pode se afigurar como apto na demonstração da função social, do contrato e da propriedade, como ordenadores do direito de acesso, em substituição à formalidade do registro, cuja função primeiro de suposta segurança, hoje, é a publicidade como garantia de terceiros.

---

<sup>639</sup> No dizer de Joel Dias Figueira Junior, a posse é "dotada de capacidade e autonomia para gerar seus reflexos no mundo jurídico, ou seja, existe por si só, efetivamente, como manifestação do poder fático sobre determinado bem e, portanto, protegida como situação criadora de repercussão na órbita jurídica". (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2.ed. São Paulo: RT, 1999. p.64).

<sup>640</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: RT, 2013. p.214-225.

Mesmo a posse em sua forma indireta pode ser fiel à demonstração de apropriação no caso concreto, auxiliando no contexto probatório de decisão a prestigiar a realidade em superação do formalismo, conforme a axiologia constitucional.

Por fim, e por ser desnecessário maiores ilações, a posse, por si, demonstra seu potencial como elemento a contribuir na aquisição da propriedade, na perspectiva crítico-construtiva desta tese.

### 3.3 A NOVA PERSPECTIVA DE SEGURANÇA NA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELO CONTRATO

Luiz Edson Fachin, em artigo nominado como "Segurança jurídica entre ouriços e raposas"<sup>641</sup>, oferece coerente reflexão em torno do dilema atual da segurança jurídica oriunda das decisões judiciais. Vale-se das metáforas dworkiana do ouriço e da raposa (de Isaiah Berlin), em que o primeiro sabe uma coisa muito importante e, por isso, seu universo é unitário, enquanto que a raposa sabe muitas coisas, vivendo, assim, em um mundo plural. A partir dessa ideia, situa que a hermenêutica contemporânea do Direito Civil na legalidade constitucional, necessidade de uma prestação jurisdicional que legitime espaços de solução do caso concreto, mas lembra da possibilidade de choques em termos de limites e possibilidades de atuação dos julgadores.

Sua afirmação final, no entanto, reside no seguinte:

Hoje, ainda com maior ênfase, a *ética da confiança* no direito positivado a equilibrar-se com a estabilidade de entendimentos jurisdicionais, os quais, por si só, se imutáveis indefinidamente ou mutáveis imotivada ou constantemente também geram insegurança. Tal temperamento passa pelo rigor da fundamentação racional das decisões, e alcança o sentido da segurança não apenas como garantia de legítimas expectativas, mas também como incidência material da *legalidade constitucional*.<sup>642</sup>

---

<sup>641</sup> FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. **Carta Forense**, 02 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>>. Acesso em: 12/06/2014.

<sup>642</sup> *Id.*

Nessa perspectiva, a segurança (suposta) da modernidade, fulcrada no juiz boca de lei está superada pela segurança da efetiva e adequada materialização da axiologia constitucional em relação ao caso concreto, por meio de uma estabilização possível da jurisprudência. Nas palavras do autor:

Diante dessa dualidade imbricada, é a segurança jurídica um *cavaleiro de duas épocas*: tanto segue ou arrosta os arquétipos legislativos, bem como, sem preconceitos nem cópias colonizantes, apreende a força construtiva dos fatos sociais complexos.

Sob o oxigênio da Constituição, essa plenitude imprime à segurança jurídica o destino do que afirmou Ihering: "não é a vida que é o conceito, antes os conceitos existem por causa da vida". Por essa dogmática jurídica crítica, a confiança na jurisdição pressupõe respeito à lei e julgamentos sólidos sem surpresas.<sup>643</sup>

Essa nuance de segurança possível na contemporaneidade é, igualmente, trazida por Paulo Nalin, ao discorrer sobre o contrato contemporâneo:

A segurança jurídica do contrato não é mais decorrência da aplicação cega do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida, mesmo que circunspecta a deveres de conduta, introduzidos pela boa-fé, mesmo antes de a atual codificação civil ter sido aprovada. Ela é material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivos do contrato, escapando da concepção, superada, de que a segurança estaria no adimplemento do contrato, pelo devedor.

A segurança desejada pelo titular de uma situação jurídica é a de que poderá cumprir sua parcela da avença, seja ela instantânea ou de execução diferida, sem que, para tanto, se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos alheios à boa-fé.<sup>644</sup>

A segurança jurídica que se constituía na possibilidade de antever, pelo direito positivo, especialmente pela lei, todo o futuro, com uma resposta única derivada do direito material, bem como da solução processual idêntica à letra da norma escrita, não tem mais espaço no mundo diversificado que o presente conforma.

---

<sup>643</sup> FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. **Carta Forense**, 02 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>>. Acesso em: 12/06/2014. Sem página, artigo digital referenciado.

<sup>644</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.211. Na edição italiana, p.198.

A continuidade, o formalismo e o individualismo que marcaram o pseudo modelo de segurança dos séculos XIX e XX não mais se sustentam, especialmente pelas demandas específicas que a vida real submete ao jurídico, muito distantes da normatividade restrita, que desejava ser totalizante e, por isso, justa.

A segurança como justiça da atualidade não está mais na possibilidade de ajustar a realidade existencial e patrimonial das pessoas à letra da lei, mas, ao contrário, de permitir que essas realidades se coloquem como balizadoras da conformação da lei à axiologia constitucional, permitindo que a força do caso concreto realize a pessoa (não abstrata), nos termos da Constituição.

A atividade – que supera o negócio jurídico – gera verdadeira segurança, uma vez que contínua, atenedora da complexidade, realizando a justiça social a partir do caso concreto. Como ensina Pablo Malheiros da Cunha Frota:

Só se poderá falar de segurança jurídica material se houver um controle legal e judicial do contrato para que este se mantenha justo. O que importa é a efetivação da principiologia e dos valores constitucionais relativos à atividade contratual, porque a liberdade e a igualdade substanciais não podem existir somente no plano teórico.  
A não concretização da axiológica constitucional é que causa insegurança para a sociedade!<sup>645</sup>

A funcionalização do Direito é que permite a segurança da cada pessoa, em cada problema específico que enfrentar, sendo o caso, se necessário, de o Judiciário interferir, valorando a situação e a intenção de cada partícipe da atividade, em substituição à abstração da lei, que fomentava, esta sim, insegurança e afastava o Direito da boa-fé e da justiça.

No plano do direito de propriedade é a função, aliada à boa-fé e à nova forma de se conceituar a desenvolver os contratos, sob a perspectiva teleológica das titularidades e do trânsito jurídico, que, juntas, em sintonia que objetive a óbvia submissão da lei à Constituição, permitirão a realização do alcance proprietário pelo titular do direito substancial, mas não titular do direito formal, ao seu bem da vida.

---

<sup>645</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p.76.

Não é mais a segurança da propriedade como algo genérico, fundado no formalismo, que satisfaz as necessidades de cada partícipe da sociedade. O que se tem em vista é o indivíduo e a sociedade em constante simbiose e interação.

Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, uma explicação precisa:

A função é, no sentido que ela se atribui neste trabalho, a prestação esperada que se dirige à pessoa concreta, no âmbito de suas relações intersubjetivas: trata-se essa função-prestação de ampliação, exercício e proteção de liberdade(s). Não se dirige, pois, como visto, à totalidade de um social concebido como abstração. O indivíduo não é um 'funcionário' da sociedade, mas o integra de modo indissociável, sendo por ela constituído mas, simultaneamente, nela se autoconstituindo.<sup>646</sup>

Conforme se viu, o contrato tem em sua substância todos os elementos a constituir a propriedade, de maneira que a segurança deva nascer de sua eficácia, inclusive, a partir da superação da divisão dos planos, em atenção à teleologia do contrato, que se conduz à transmissão – e não mera promessa – de propriedade.

Ademais, se o compromisso de compra e venda, mesmo não registrado, gera adjudicação compulsória e, portanto, segurança àquele que acessa o bem, o contrato de compra e venda, que é mais, deve gerar direito a declaração judicial de propriedade, mediante sua demonstração de eticidade, alteridade e solidariedade, por meio da função social.

O sistema de registro de imóveis, aliás, como já se viu, sequer existe em boa parte dos países europeus como dado a constituir a propriedade, mas, se for do desejo do adquirente, ele fornece "maior" segurança. O mero consenso, por ser da intencionalidade das partes e da teleologia do contrato, deve ser suficiente para a aquisição imobiliária.

Não se deseja aqui o simples descumprimento da lei, tornando o sistema brasileiro consensual, até porque o que se pretende não é a colonização da ordem jurídica brasileira pela experiência estrangeira. Mas, sem dúvida, a pontualidade dos casos concretos deve merecer destaque, para completar o acesso e inviabilizar a má-fé e o abuso do direito.

---

<sup>646</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.255.

A pretensão é, com a consideração concreta das situações jurídicas existenciais e patrimoniais que envolvem a propriedade e o contrato, alcançar-se a possível igualdade de oportunidades, com o compartilhamento da segurança, a partir do contrato realidade e da finalidade contratual.

O contrato de "transferimento della proprietà" é seguro porque dá conta de reger as situações reais da vida para além das abstrações, como leciona Pier Giuseppe Monateri.<sup>647</sup>

A justiça do registro é ficta, *juris tantum*, sujeita a falhas e por isso não oferece mais (se é que um dia ofereceu) a segurança esperada. Viram-se as anulações de título pelo CNJ, mencionados na primeira parte deste escrito. Serve apenas de publicidade, o que o direito obrigacional já consegue realizar e a posse, em boa medida, oferece.

O princípio da solidariedade, no conjunto de perspectivas, auxilia na consideração do que Stefano Rodotà entendeu como o momento do "duplo estatuto": um de garantia da propriedade e outro do acesso.<sup>648</sup>

É aí que a segurança de fato se consubstanciará, ou seja, na superação do individualismo proprietário (abstrato) pela realização do acesso à propriedade aos não proprietários que detenham demonstração cabal, contratual, do seu Direito, sem prejuízos dos proprietários que, da mesma forma, demonstrarem seu regular acesso, na perspectiva da boa-fé, solidariedade e alteridade.

Busca-se, portanto, fomentar a reflexão sobre a ultrapassagem da ideia de segurança pela abstração e pelo individualismo, por meio da segurança pela possibilidade de acesso, fundado na concretude, e na função como liberdade(s).

---

<sup>647</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. **Contratto e trasferimento della proprietà**: i sistemi romanisti. Milano: Giuffrè, 2008. p.219.

<sup>648</sup> RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986. p.35.

### 3.4 O PAPEL DO INTÉRPRETE NA REALIZAÇÃO DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS DE ACESSO À PROPRIEDADE: CAMINHOS PARA A TOMADA DE DECISÃO

Na companhia de todas as reflexões levadas a efeito, é possível alcançar-se, agora, uma proposição efetiva de atitude no que concerne à tentativa se atender-se, realisticamente, à demanda oriunda das realidades de vida de não proprietários que, com justo título, boa-fé e contratualização, não conseguem realizar-se como proprietários, por conta da prevalência da forma contida no art. 1245 e parágrafos do Código Civil, em detrimento da substância veiculada nos preceitos constitucionais.

Falar-se em alteração do sistema e, portanto, da legislação, nada mais significa do que discurso vão e sem efetividade, tal como acreditar na transposição do atlântico, rumo à Europa, em uma canoa. A saída possível, por agora, não está em qualquer mudança de lei, nem tampouco de exigências de uma postura ativa do gestor público, em providenciar regularização fundiária sem projeto e organização. Qualquer ação com pretensão generalizante e pouco refletida poderá conduzir a algo inadequado.

A transição que deve entrar em curso é de mentalidade, de consciência, de postura, reconhecendo-se que o Direito deve estar a "serviço da vida"<sup>649</sup>, no perfeito afirmar de Luiz Edson Fachin. A patrimonialidade deve servir à existência da pessoa, e não ao contrário, como no Estado Liberal, em que o sujeito era considerado para justificar a titularidade.<sup>650</sup>

---

<sup>649</sup> Como já se mencionou, em: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.21.

<sup>650</sup> Ainda na lição de Luiz Edson Fachin: "A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista eu se afasta do individualismo que condena o homem à abstração." (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.48).

Paulo Grossi, no contexto explicitado, frisa: "A propriedade, as propriedades – dissemos acima e repetimos agora como axioma respeitável – antes de ser paisagem são mentalidades".<sup>651</sup>

A alteração em voga, portanto, é de atitude, na coragem de promover-se a ruptura com a absoluta forma de subsunção legal, envidando-se esforços de decisão pela hermenêutica constitucional, que parte da funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil, para promover a justiça e atender às reais dificuldades da pessoa de "carne e osso"<sup>652</sup>.

No momento atual, cabe ao intérprete conscientizar-se da necessidade de reconhecer na primazia da pessoa e na realidade concreta que nela se faz sentir, os efeitos verdadeiros e as consequências das abstratas e excludentes descrições (que pretendem ser) exaurientemente postas na norma positivada.

Mencionado papel interpretativo, como dito, é da academia e da doutrina, mas, sobretudo, da advocacia e do Judiciário. Esses são os principais atores a quem é conferida a "mutabilidade real" de um sistema falido, como o da presunção – ainda que *juris tantum* – do registro como constitutivo da propriedade imobiliária em casos de complexa e plural atividade contratual.

Da advocacia, porque é indispensável à administração da justiça (art. 133 da Constituição Federal),<sup>653</sup> e do Judiciário, pelo fato de que: "A função do Poder Judiciário é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado."<sup>654</sup>

---

<sup>651</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Emani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.30.

<sup>652</sup> BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p.17.

<sup>653</sup> O art. 93 da Constituição da República: "Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004). Grifos não existentes no original.

<sup>654</sup> Conforme site do Governo Federal, em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/poder-judiciario>>. Acesso em: 11/06/2014.



Que não fique mal entendida a posição da academia e da doutrina que, no entender deste autor, são os principais formadores de opinião jurídica e social do Direito, uma vez que os resultados das pesquisas científicas e a inquietude típicos de suas naturezas são os referenciais a que doutrina, jurisprudência e, inclusive, o direito posto na lei, se socorrem – e sempre se socorreram – para converter a norma (*lato sensu*) em efetividade ao caso concreto.

O que se deseja afirmar é que a lida diária, a práxis do processo e seus resultados, com a realização de concretizações à vida de cada qual dos litigantes, desde a comarca mais distante no interior de algum estado brasileiro até o Supremo Tribunal Federal, tem a participação óbvia e indeclinável de advogados<sup>655</sup> e juízes.

Esses intérpretes têm por obrigação constitucional compreender e exercitar em seus afazeres diários – que se sabe, são profundamente desgastantes – a hermenêutica que promova a realização da pessoa em sua dignidade, para além da generalização, da abstração e do individualismo de que estão dotados os Códigos, Leis e demais dados normativos do direito posto.

É imprescindível, isso sim, desafiar fundamentos a partir de uma lei que, hierarquicamente colocada em destacado patamar no Direito, é completa<sup>656</sup> por constituir-se de princípios e regras, abertos e restritos, individuais e coletivos, públicos e privados: a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Trata-se de reconhecer a ultrapassagem do ordenamento positivo codificado pela constitucionalização dos ramos do Direito, ou seja, é fazer da Constituição Federal o que Paolo Grossi tratou por "Constituição Material", para além do atual modo de enxergar a Carta Magna, ou seja, como "Constituição Formal". Relevante a inteira lição do professor italiano:

---

<sup>655</sup> Entenda-se Advogado, aqui, na mais ampla concepção possível de defensor, procurador, representante das partes, que pode ser privado ou público, inclusive o Ministério Público nessa qualidade de atuação.

<sup>656</sup> Não se pretende discutir o tema "completude do ordenamento jurídico e lacunas", mas, firmar posição de que a Constituição Federal guarda os fundamentos de abertura do sistema jurídico para bem decidir-se quaisquer demandas.

Nova dimensão constitucional por não repetir as armações filosóficas das antigas cartas tão odiadas pelo jovem Santi Romano, nem as substanciais evasões do Estatuto Albertino, mas se propor como leitura da sociedade e dos valores nela circulantes, procurando fixar em um conjunto orgânico de normas fundamentais a identidade histórica de um povo.

Normas, mas não pequenos comandos de um legislador, e sim normais que se encarnam em princípios que ordenam uma convivência civil, por serem identificados em uma ordem superior lógica e historicamente anterior à figura deste ou daquele Estado, desta ou daquela forma de governo. A sociedade, a sua complexidade, a sua globalidade, em suma, o seu natural e vigoroso pluralismo se espelham nestas arquiteturas ordenantes que são percebidas por uma nova consciência constitucional e que as caracterizam. É a "Constituição material" que sustenta e impressiona a "Constituição formal", lida por um poder constituinte que pouco tem a compartilhar com a visão estreita de um legislador ordinário.

Muito bem! Uma humilhante, mas fácil constatação é que essa dimensão normativa superior pelo seu valor especialmente ordenante tem tido dificuldade a penetrar na cultura do jurista italiano em geral, chancelada por antigas dogmáticas. Tal fenômeno, sobretudo nas zonas em que, desde há muito tempo, imperavam os sucessos das experiências codificadoras, como, por exemplo, no seio da reflexão civilista.<sup>657</sup> (grifo nosso)

O advogado e o juiz, como intérpretes do Direito, não se podem furtar, sob hipótese alguma, à realidade constante de cada caso concreto. Sequer o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – a que se alude, por brevidade, em referência a todos os Tribunais Superiores – não tem a liberdade constitucional de eximir-se da análise da concretude do caso, sob o argumento de que, em sua atuação não originária, não devem reanalisar fatos. Como sabido, são situações diversas: o caso concreto é o todo, enquanto o fato é uma de suas nuances.

Ao advogado caberá o cuidado na compreensão inicial do caso concreto com suas peculiaridades, buscando na Constituição, na perspectiva tanto dos princípios como das regras, seu inicial referencial de reflexão e fundamento, sempre iluminado pela primazia da realidade e pela preferência da pessoa em relação ao patrimônio, para, posteriormente, justificar os traços da "defesa" em dados do ordenamento posto.

O juiz, tendo em mãos aprofundadas teses das partes, mais facilmente conduzirá a decisão do caso concreto à mesma sintonia, qual seja, utilizar-se prioritariamente da axiologia constitucional e, aprofundando-se na concretude da situação deduzida em juízo, eleger a melhor decisão, em modulação diversa da tradicional lição estrutural e rigidamente conceitual.

---

<sup>657</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Apresentação e tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.124-125.

Lança-se mão de dois exemplos para contextualizar a situação, a partir da perspectiva proprietária, que sempre envolverá pessoa *versus* patrimônio.

O primeiro deles consiste em discussão sobre a propriedade entre dois supostos compradores de um único vendedor, envolvendo um único bem, mas somente o segundo registrou o imóvel, mesmo tendo sido o contrato firmado e cumprido, antes, pelo outro adquirente. Pela sistemática tradicional, quem primeiro registrou é o dono. Fácil a decisão, a partir da literalidade do art. 1245 do Código Civil, fundamentado na teoria estrutural silogística e no conceito dogmático rígido de transmissão da propriedade.

No segundo exemplo, mas na mesma situação de fato – dupla contratação imobiliária –, é possível localizar na Constituição o fundamento da função social da propriedade e do contrato como liberdade substancial, que possibilite construir o direito proprietário sobre imóveis a partir de outro paradigma que não o simples silogismo do Código, eis que se faz necessário, no íntimo do caso concreto, conhecer-se da melhor boa-fé, saber a quem a solidariedade deverá proteger em virtude do dever de alteridade que o outro deva dispensar. Irá, a função social, reordenar a finalidade do contrato, que é a de atingir a aquisição, bem como da propriedade, que é a realização da vida. Avaliará, ainda, qual a melhor posse, mesmo que indireta, em virtude do contrato, salvo se houver disparidade de boa-fé na contratação, e, ao final, reservando-se no fundamento hermenêutico da interpretação conforme a Constituição, decidirá por um ou outro contratante.

Em momento algum, esta tese, no caso apresentado em exemplo, defende a contratação primeira por si só. Ao contrário, o que se deseja propor é o rompimento com o imediatismo e a simplicidade do silogismo da consideração registral, abstraindo-se o caso concreto. Independentemente do registro, o contrato, por sua função substancial, deve alcançar a propriedade, igualmente em sua substancialidade, para muito adiante da mera forma registral.

O acesso deve ser permitido, em qualquer seara, considerando-se o titular do contrato cumprido como o verdadeiro dono do bem, ainda que não registrado. A prova, no entanto, será a aquisição por pacto cumprido, o proprietário registral. Isso não deve ser considerado posse, mas, propriedade imobiliária.

Em caso de debate judicial, não prevalecerá automaticamente o primeiro registro e tampouco, como determinam os parágrafos primeiro e segundo do art. 1245 do Código Civil.<sup>658</sup>

Como se viu das lições de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, é possível a constatação objetiva da categoria *função social* aplicável ao Direito e, sobretudo, à propriedade, como garantia constitucional jusfundamental, por déficit de efetividade ou de fundamentação.<sup>659</sup>

Um dos básicos fundamentos disso está na promoção da liberdade coexistencial, ou seja, a necessidade de integração existencial entre as pessoas na sociedade, mas que não necessariamente vá proteger o grupo, podendo, na perspectiva do caso concreto, preferir o individual ao coletivo.

Não significa sempre proteger a pessoa, mas, de igual maneira, não se preferirá, sempre, como no Código se vê a atividade de transmissão imobiliária, o patrimônio, abstratamente, como forma de proteger o coletivo social por meio da letra rígida da lei.

A complexidade da vida, a pluralidade das formas de visão sobre o mundo e a diversidade recomendam a fuga da linearidade de decisões, a partir de contextos predeterminados e abstratos. É essa liberdade plural que se quer colocar como função do Direito Civil, na esfera das titularidades ou do contrato, para cumprir-se a axiologia constitucional.

Como já se mencionou – mas aqui é necessário novamente contextualizar –, mostra-se sobremaneira complicado, difícil mesmo, para o jurista de formação clássica pensar o Direito fora da "segurança" que o silogismo legalista proporciona. Mas se faz imperioso o transitar dos modos de operação do Direito, sob pena de o

---

<sup>658</sup> Para facilitar, o texto da Lei:

"Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1.º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2.º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel."

<sup>659</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.208.

intérprete não acompanhar a sequência do tempo e manter-se na história, mas em sentido de consideração retrógrada e desatualizada.

A propriedade funcionalizada é a que promove liberdade de acesso também aos não proprietários, a partir da dialeticidade, muito mais do que a simples perspectiva de limitação estatal aos bens que não tenham utilização útil à coletividade.

A atuação do julgador, do intérprete, nesse contexto, não deve residir tão somente no conteúdo específico da lei e da sua interpretação a partir dos paradigmas consagrados na clássica visão da civilística. É a lição de Luiz Edson Fachin:

Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos historico-ideologicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita a formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade.<sup>660</sup>

Necessária, portanto, a conscientização sobre a valorização do caso concreto, a partir da ideia de funcionalização, compreendendo-se as realidades de cada pessoa, visto que estas não mais se enquadram silogisticamente no *standard* legal, como outrora. Trata-se de considerar os fatos como dado interpretativo relevante, já que não se divorciam da realidade e do Direito. A hermenêutica a orientar o intérprete, na perspectiva funcional, deve ser encarada como *compreensão e ação constitutiva* da pessoa.<sup>661</sup>

---

<sup>660</sup> E prossegue o autor: "Remarque-se: como a hermenêutica está para além do puro e simples interpretar, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema dialeticamente aberto, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e a contraprova da realidade. [...] Tendo por pressuposto essas compreensões, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito Civil contemporâneo por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto." (FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.47).

<sup>661</sup> Novamente, por indispensável, a reflexão de Luiz Edson Fachin: "Considerar, assim, o fato um elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico, importa reler a própria hermenêutica jurídica - a qual não pode ser vista separadamente de uma teoria da compreensão, como se dela diferísse - para que se possa levar em conta não apenas a norma, o que inclui a própria Constituição, mas também a ação legítima do sujeito concreto como constituinte de sua própria personalidade e da história daqueles com quem dialeticamente se relaciona." (*Ibid.*, p.47-48).

Na análise do caso concreto que envolva adquirente de imóvel sem registro no sistema imobiliário, agirá de acordo com a perspectiva funcional como liberdade(s), determinada na Constituição, o intérprete que se desamarrar das literais e estruturais perspectivas codificadas, conseguindo extrair da análise dos fatos (do elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico) a solução jurídica justa e coerente ao prestígio dos direitos fundamentais de acesso aos bens da vida.

A pessoa é a base e o patrimônio deve servir à sua qualidade de vida. Jamais o contrário, como na modernidade e no direito codificado de índole individualista, dotado de egoística abstração e generalização.

A tarefa do julgador (do intérprete), repita-se, não é fácil, mas é a realidade que prevalecerá no trânsito em curso do direito novecentista para o contemporâneo.

Nesse contexto, a clara orientação de Gustavo Tepedino:

Ao magistrado, sob esse ponto de vista, caberá, em atividade simultânea, qualificar o fato, interpretar a norma e aplicar o direito. Não se vale de premissas abstratas imaginadas pelo legislador, em operação silogística, neutra e mecânica, apartada da realidade da vida, identificando, ao contrário, a norma do caso concreto a partir da pujante realidade sobre a qual incide e da qual, ao mesmo tempo, extrai as peculiaridades indispensáveis a própria interpretação.<sup>662</sup>

A força normativa dos fatos, indicativa da realidade da pessoa em sua dimensão concreta, é que deverá nortear a decisão jurídica (e judicial), para além da letra da lei e, em especial, do individualismo que rege o Código Civil no âmbito da aquisição da propriedade imóvel.

Fica, a partir dos fundamentos considerados no todo do presente escrito, sem qualquer justificativa e, portanto absolutamente refutado, o secular argumento da "insegurança jurídica" ao utilizar-se desse modelo hermenêutico prospectivo, pois, uma vez mais valendo-se da palavra de Gustavo Tepedino:

---

<sup>662</sup> TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.39.

A noção de segurança jurídica, nessa perspectiva, longe de se ater ao texto legal isoladamente considerado, deve ser reconstruída na vinculação do magistrado ao ordenamento como um todo, incorporando, em cada decisão, devidamente fundamentada, os valores e princípios que definem a unidade do sistema.<sup>663</sup>

No contexto ora desenvolvido, fácil distinguir a análise do caso concreto do que poderia denominar "casuísmo", uma vez que este se dá quando o julgador concede aos fatos *a sua visão própria* de mundo<sup>664</sup>, independentemente de fundamento constitucional sustentável. A perspectiva, aqui, é a de que os casos, por meio da função como liberdade(s), mereçam cuidadosa atenção, em decisões dotadas de coerente e exauriente justificação (fundamentação) constitucional, a partir de afazeres doutrinários sofisticados e de aprimorada jurisprudência.

A fundamentação há que ser condizente, pois deve exteriorizar de modo racional e transparente as razões da superação da regra legal. A disposição constitucional, de natureza principiológica ou não, assim como a análise dos fatos e da lei, deve estar em absoluta vinculação com a realidade concreta. Isso porque serão as justificativas de eventuais exceções, especialmente porque a complexidade da sociedade contemporânea exige a fuga da abstração da lei, com a aplicação desta ao caso específico, respeitando suas excepcionalidades. Repita-se: não se trata de casuísmo, uma vez que a situação poderá (e deverá) ser replicada em futuros casos idênticos, na perspectiva de precedente, atendendo a requisito exposto por Thomas Bustamante, sob a rubrica de princípio da Universalizabilidade.<sup>665</sup>

---

<sup>663</sup> E continua o autor: "Essa perspectiva unitária será preservada na medida em que o magistrado traduza, na sentença, não um pedaço do direito, um fragmento vinculado a este ou aquele (assim chamado) microssistema, mas o direito como um todo, inteiramente apreendido pelo magistrado que ausculta a sociedade e contextualiza o fato social no conjunto de valores, princípios e regras que compõem o sistema. Cada sentença representa o (*rectius*, um) -ordenamento jurídico integralmente considerado." (TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.40).

<sup>664</sup> Conforme Lênio Streck em: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.33.

<sup>665</sup> Conforme se pode ver em: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Direito, Estado e Sociedade**, n.37, p.175, jul./dez. 2010.

Essa, portanto, a proposta de uma hermenêutica fundamentada na dignidade da pessoa, para muito além do patrimônio, no que pertine ao acesso proprietário sobre imóvel, na medida em que a posse – por mais autônoma e relevante que seja – não se afigura mais como suficiente para a tranquilidade e o desenvolvimento da pessoa e da família.

Faz-se mister, por fim, atingir a percepção de que a segurança oriunda do atual sistema de trânsito jurídico imobiliário não deve mais socorrer somente ao proprietário – assim considerado pelo registro –, merecendo ser "compartilhada" com os "não proprietários de direito", uma vez que são verdadeira e realisticamente "proprietários de fato". Esse fato, pois, é o que deve orientar o novo direito proprietário, ora em reconstrução pelas experiências do Direito Civil-Constitucional.



## CONCLUSÕES

O Direito Civil-Constitucional, fulcrado nas ideias de uma teoria que critica o Direito unicamente (im)posto e positivado em lei – que tradicionalmente atendeu mais aos interesses econômicos e patrimoniais da sociedade, sempre em detrimento das necessidades das pessoas concretamente consideradas, que sofrem as consequências de um sistema político e jurídico ineficiente e atrasado –, tem por objetivo trazer a Constituição para o centro do fundamento jurídico, em prestígio primeiro das necessidades da pessoa, que é seu principal motivo de existência.

A propriedade, nesse contexto, merece uma nova consideração no que pertine a seu alcance, estrutura e função, o que se pode densificar com base no rompimento da perspectiva unicamente teórica e abstrata da lei, assim como na superação do individualismo na sua proteção.

Na constatação de insuficiência do modelo historicamente construído na modernidade, ainda que com suas tendências socializantes posteriores à Segunda Grande Guerra, estão os fundamentos temporais que justificam a edificação de uma nova consciência dominial.

As estruturas clássicas, ainda vigentes no Brasil, não conseguem atender às demandas sociais oriundas da complexidade e da pluralidade que emergem das novas formas de vida e da porosidade e liquidez das relações humanas, especialmente as jurídicas.

A teoria da separação relativa dos planos, como raiz do sistema de apropriação brasileiro, está em crise, especialmente por conta de seu excessivo conteúdo abstrato e individualista, que não considera situações subjetivas existenciais e patrimoniais que estejam fora do formato prescrito no Código Civil, como se as realidades de vida fossem possíveis de – como outrora se imaginou – enquadramento perfeito nos moldes fechados da literalidade do Direito (im)posto pelo Estado, com sua pretensão totalizante.

O sistema registral brasileiro se funda em ficções e, por isso, não é mais adequado como único a reger as situações jurídicas que envolvem as titularidades, em especial o acesso e a proteção da propriedade imóvel.

Ademais, a rígida separação dos efeitos e das finalidades das obrigações e dos direitos reais também entra em colapso diante dos contemporâneos modelos relacionais, variados, inovadores, cuja criatividade e rapidez o Direito não consegue acompanhar.

A contemporaneidade, portanto, exige que o Direito se constitua como receptivo a essas novas formações e comportamento sociais, em especial o Direito Civil, em seus institutos fundamentais: as titularidades, o trânsito jurídico e o projeto parental. Essa tríade deve ser estudada, desenvolvida e efetivada em seus objetivos, a partir de seu elemento central, mais importante e verdadeiro destinatário de tudo o que envolve a natureza: a pessoa.

Os interesses das pessoas podem ter conteúdo existencial ou patrimonial, e o Direito deve ser edificado a partir deles. O sentido atual de consideração da pessoa necessita que se constitua no exato inverso do que fora na modernidade, a qual moldava o sujeito para servir aos interesses sociais – mormente econômicos – com base no patrimônio. O ser dependia do ter. Hoje, o ter deve estar à disposição de satisfazer e concretizar a qualidade de vida do ser. A nova configuração jurídico-político-social, assim, deve se fundar no "poder ser" e "poder ter" como mecanismos que propiciem a dignidade da pessoa humana, favorecendo o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O Direito Civil na legalidade constitucional busca a realização concreta das satisfações de vida da pessoa, quer como grupo social, quer como pessoa individualmente considerada. As generalizações e a pretensões de totalidade ficam excluídas do intuito de uma aplicação constitucional substantiva.

A função dos institutos de Direito Civil deve ser a de conduzir a pessoa à realização de suas necessidades e propiciar qualidade de vida. Nesse sentido, a função social da propriedade e do contrato ganha nova configuração, que supera a antiga ideia de restrição de liberdades em prol de um social abstrato, com o preenchimento de seu conteúdo e a busca de eficácia a partir da liberdade positiva ou substancial.

A função social, assim, se torna concretizadora dos princípios, valores e objetivos constitucionais, a partir das liberdades que se efetivam e não naquelas que residem tão somente no campo do discurso da modernidade, ou seja, a liberdade formal.

É correto afirmar, assim, que a liberdade acolhida pelo Direito Civil é realística, e a função social é, agora, compreendida como função social como liberdade(s), que deseja a proteção da sociedade em geral, mas também de grupos sociais específicos e, como não poderia deixar de ser, da pessoa individualmente considerada.

Com base nisso, a propriedade e o contrato devem ter por finalidade a concretização das realidades que envolvam as pretensões que compõem as atividades jurídicas – para além do conceito de negócio jurídico –, com prevalência da justiça na consideração do caso concreto, cujos fundamentos estão nos conteúdos de dignidade humana, solidariedade, alteridade e boa-fé.

Para além do conceito tradicional de contrato, como encontro de vontades, fundado na *pacta sunt servanda*, o que se busca é a sua funcionalização, a partir da liberdade substancial das partes e dos terceiros que tenham legítimo interesse, em realizar suas objetividades e efetivar seus interesses constitucionalmente assegurados.

O contemporâneo entendimento sobre propriedade também se constitucionaliza, uma vez que esta é dotada de função social; seu conceito se amplia em relação aos poderes proprietários e se reconstrói com base na liberdade igualmente substancial de acesso e de manutenção, em conformidade com a principiologia e os valores da Constituição.

Com fundamento nessas ideias, afirma-se que a propriedade imóvel não é mais alcançável unicamente pela via do registro público, na medida em que o contrato precisa ser considerado em sua teleologia, assim como a apropriação também guarda nova concepção, em respeito aos não proprietários.

A atividade jurídica que conforma o contrato é dinâmica e ultrapassa a divisão de planos, permitindo que o contrato seja interpretado e compreendido em sua finalidade. Os contratos de transmissão têm por objetivo transferir a propriedade e não, tão somente, prometer a transferência, como determinado na codificação em vigor.

O direito à propriedade, portanto, deve ser considerado como acesso constitucionalmente assegurado, a partir dos princípios da dignidade, solidariedade e da boa-fé, sempre valorados com base na alteridade e no não abuso do direito.

Cabe ao intérprete, nesse viés, considerar as intencionalidades do contrato, o conteúdo da boa-fé, o paradigma solidarista e a alteridade, como suficientes à interpretação de que a propriedade sem registro é possível, na concretude do caso específico e na primazia da realidade em face da abstração legista.

Poder-se-ia indagar se o presente estudo sugere a extinção do sistema de registro de imóveis. Talvez até fosse o mais coerente e indicado, considerando-se os exemplos de países onde o mero consenso é suficiente para transmitir a propriedade imóvel, e a segurança dos proprietários não se considera mais ou menos afetada do que no modelo brasileiro. O paradigma de segurança do registro é fruto da história e já se vê superado pela realidade das novas formações negociais.

É possível sugerir alterações no formato do sistema, visando otimizá-lo e torná-lo mais acessível a todos, com uma publicidade verdadeira, mediante a adoção de sistemas de informação integrados, com unificação dos cartórios de documentos e de registro imobiliário, sem qualquer prejuízo aos direitos dos gestores e funcionários dos entes públicos extrajudiciais. Por certo, alternativas existem para a modernização do sistema.

Sugerir abstratamente a mudança do sistema a partir de alteração legislativa seria sobremaneira mais fácil. Mas a proposta de reflexão aqui empreendida segue para além da simples "mudança" da lei, trata-se da necessidade de se repensar o Direito Civil em um sentido de sua (re)construção hermenêutico-constitucional a partir da repersonalização.

Deseja-se ingressar no espaço dos fundamentos que possam colaborar na edificação de um novo paradigma que seja razoável a justificar tomadas de decisão, em casos concretos, tanto pelo advogado, como pelo juiz, mas, sobretudo, fomentar o debate acadêmico e profissional sobre esse diferente olhar acerca da apropriação sobre bens imóveis.

De resto, o propósito deste estudo é o de sugerir possibilidades (ou alternativas) concretas para a tentativa de solução dos problemas fundiários, especialmente no que pertine às dificuldades oriundas do burocrático sistema de registro imobiliário.

O acesso à propriedade imóvel pode se concretizar no cumprimento do próprio contrato, independente de registro, como prestígio da promessa constitucional de acesso aos bens, em especial quando se tratar de moradia, de posses configuradas fora das hipóteses tradicionais de aquisição, entre outras situações possíveis que façam efetivar a realidade de vidas na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil**: derecho de bienes. 11.ed. Madrid: Edisofer, S L, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. Tradução de Beatriz Sidou. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **O mundo, o Brasil e o homem**. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade Federal de Minas Gerai, 1966.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Ideias políticas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objeto. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARONNE, Ricardo. **Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais codificados no curso da constitucionalização do direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Coord.). **Os 10 anos do código civil**: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.417-445.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – a teoria da autonomia**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: reais. 5.ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ASCENSÃO, José Oliveira. Panorama e perspectivas do direito civil na união europeia. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.21-37.

ATIAS, Christian. **Droit civil**: les biens. 4.ed. Paris: Litec, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria geral das obrigações**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, n.750, maio 2000.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito imobiliário registral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.47-74.

BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1995.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.

BARCELLONA, Mario. **Diritto, sistema e senso**: lineamenti di una teoria. Torino: Giappichelli, 1996.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996.

BARROSO, J. Durão. Verbetes Função. In: **POLIS – Enciclopédia verbo da sociedade e do Estado**. Lisboa: Verbo, 1996.

BÉNABENT, Alain. **Droit civil**: les contrats spéciaux. 2.ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1995.

BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.

BESSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

BETHELL, Leslie. **A abolição do tráfico de escravos no Brasil**: A Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do comércio de escravos 1807-1869. Tradução de Luís A. P. Souto Maior. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8.ed. rev. e atual. por Aquilino Beviláqua. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do Brasil comentado**. 10.ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v.3-4.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 5.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOITO JUNIOR, Armando. **Estado, política e classes sociais**: ensaios teóricos e históricos. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. Alvará de 25 de janeiro de 1809. Sobre a confirmação das sesmarias, fôrma da nomeação dos Juizes e seus salarios. Disponível em: <<http://arisp.wordpress.com/2010/02/21/alvara-de-25-de-janeiro-de-1809/>>. Acesso em: 25/05/2014.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 25/04/2014.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 15/06/2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15/06/2014.

BRASIL. Decreto de 22 de junho de 1808. Autoriza a Mesa do Desembargo do Paço a confirmar todas as sesmarias, e para as conceder na côrte, e aos Governadores nas suas Capitâneas. Disponível em: <<http://arisp.wordpress.com/2010/02/21/decreto-de-22-de-junho-de-1808/>>. Acesso em: 25/05/2014.

BRASIL. Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Manda executar a Lei n.º 601, de 18 de Setembro de 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm)>. Acesso em: 25/05/2014.

BRASIL. Decreto n.º 3.453, de 26 de abril de 1865. Manda observar o Regulamento para execução da Lei n.º 1237 de 24 de Setembro de 1854, que reformou a legislação hypothecaria. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM3453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM3453.htm)>. Acesso em 25/05/2014.



BRASIL. Decreto n.º 169-A, de 19 de janeiro de 1890. Substitue as leis n. 1237 de 24 de setembro de 1864 e n. 3272 de 5 de outubro de 1885. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-169-a-19-janeiro-1890-516767-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 25/05/2014.

BRASIL. Decreto n.º 451-B, de 31 de maio de 1890. Estabelece o registro e transmissão de imóveis pelo systema Torrens. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-451-b-31-maio-1890-516631-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 25/05/2014.

BRASIL. Decreto n.º 955-A, de 5 de novembro de 1890. Promulga o regulamento para execução do decreto n. 451 B, de 31 de maio do corrente ano, que estabeleceu o registro e transmissão de imóveis pelo systema Torrens. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-955-a-5-novembro-1890-553430-publicacaooriginal-71319-pe.html>>. Acesso em 25/05/2014

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 29/05/2014.

BRASIL. Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)> Acesso em: 25/05/2014.

BRASIL. Lei n.º 1.237, de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de crédito real. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LIM/LIM1237.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM1237.htm)>. Acesso em: 25/05/2014.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 26/05/2014.

BRASIL. Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm)>. Acesso em: 15/06/2014.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15/06/2014.

BRASIL. Regulamento para execução da Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850 a que se refere o Decreto desta data. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf)>. Acesso em: 25/05/2014.

BRASIL. Reino. - Resolução de Consulta da Mesa do Desembargo do Paço de 17 de julho de 1822. Manda suspender a concessão de sesmarias futuras até a convocação da Assembléa Geral Constituinte. Disponível em: <[http://www.quinto.com.br/leis\\_imperio/resolucao17071822.asp](http://www.quinto.com.br/leis_imperio/resolucao17071822.asp)>. Acesso em: 25/05/2014.

BUESCU, Ana Isabel. **D. João III (1502-1557)**. Lisboa: Círculo de Leitores, 2005.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Direito, Estado e Sociedade**, n.37, p.152-180, jul./dez. 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. especial, p.299-325, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. 11.ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana**: aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997.

CARBONIER, Jean. **Droit civil – les biens**: monnaie, immeubles, meubles. 18.ed. Paris: Thémis, 1998.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?**: análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARDOSO, Jair Aparecido. **Contrato realidade no direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2013.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2.ed. actual. Coimbra: Centelha, 1981. v.1.

CARVALHO, Orlando de. **Direito das coisas**. Coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v.1.

CNJ cancela registros imobiliários irregulares no PA. **Consultor Jurídico**, 19 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-19/corregedoria-cnj-cancela-registros-imobiliarios-irregulares>>. Acesso em: 28/05/2014.

CNJ. Comitê Executivo Nacional do Fórum de Assuntos Fundiários. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/forum-de-assuntos-fundiarios/comite-executivo>>. Acesso em: 04/06/2014.

CNJ. Corregedor determina cancelamento de registro de imóvel do tamanho da metade do Brasil. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7566&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7566&Itemid=675)>. Acesso em: 28/05/2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.3.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CONHEÇA os órgãos que formam o Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/poder-judiciario>> Acesso em: 11/06/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Portaria n.º 491, de 11 de março de 2009. Institui o Fórum Nacional para monitoramento e resolução dos conflitos fundiários rurais e urbanos. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/portaria/portaria\\_491\\_11032009\\_19102012141043.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_491_11032009_19102012141043.pdf)>. Acesso em: 04/06/2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Direitos reais**. Lisboa: Lex, 1993.

CORDEIRO, António Menezes. **Estudos de direito civil**. 2.<sup>a</sup> reimpr. Coimbra: Almedina, 1994. v.1.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 3.<sup>a</sup> reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, Eros Berlin de Moura; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso á moradia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. A Constituição, o direito privado e a posse. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**: ensaios para recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Humberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 7.ed. 3.<sup>a</sup> reimpr. São Paulo: Unesp, 1999.

COSTA, Francisco Augusto Pereira da. **Anais Pernambucanos**: 1493 a 1590. Recife: Arquivo Público Estadual, 1951. v.1.

COSTA, Pietro. Estado de direito e direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.57-78.

CUEVA, Mario de La. **Derecho mexicano del trabajo**. 2.ed. México, DF: Porrúa, 1943. Tomo 1.

CUNHA, José Ricardo. Direito e complexidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p.229-233.

CURA, António A. Vieira. Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais: algumas considerações sobre a história do "sistema do título e do modo". In: ASCENSÃO, José de Oliveira; ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de; MARTINEZ, Pedro Romano (Coord.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Raúl Ventura**. Coimbra: Coimbra Editora (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2003. v.1: direito romano e história do direito. p.373-400.

CURY, Vera de Arruda Rozo. **Introdução à formação jurídica no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2002.

DEGENEFTE, Cristina Fuenteseca. **La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto**. Madrid: Reus, 2012.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/achismo>>. Acesso em: 07/06/2014

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2.

DOMANSKI, Marcelo. **Posse: da segurança jurídica à questão social: na perspectiva dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através de embargos de terceiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. **Itinerário de uma crise: a modernidade**. 2.ed. reimpr. Curitiba: Ed. da UFPR, 2002.

DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis de code napoléon**. Paris Alcan, 1912.

DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris, 2005.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de M. Isaura P. de Queiroz. 15.ed. São Paulo: Nacional, 1995.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 3.ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2007.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.18, n.2, p.551-586, maio/ago. 2013.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromissos e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins, São Paulo: Editora UNESP, 2009.

ESPANHA. **Código Civil**. 35.ed. Navarra: Aranzadi, 2013.

ESPANHA. Código Civil español. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>>. Acesso em: 26/05/2014.

ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**: teoria geral das relações jurídicas de obrigação. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1945. v.2. Tomo II.

FACHIN, Luiz Edson. **Função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: SAFE, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luis Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, Santa Fé, v.2, n.15, p.243-272, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**: ensaios para recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.17-32.

FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.42-49.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. **Carta Forense**, 02 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>>. Acesso em: 12/06/2014.

FAZZALARI, Enzo. **Lezioni di diritto processuale civile**: processo ordinário di cognizione. Padova: CEDAM, 1995.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **O direito de propriedade e as limitações a ingerências administrativas**. São Paulo Revista dos Tribunais, 1980.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, v.17, p.97-112, 2005.

FRANÇA. **Code Civil**. 112.ed. Paris: Éditions Dalloz, 2013.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREIRE, Felisberto. **História territorial do Brazil**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1906.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3.ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução a consolidação das leis civis. In: \_\_\_\_\_. **Consolidação das leis civis**. 3.ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p.xxix-ccxxi.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiro. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueredo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008. v.7. p.365-385.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v.4. Tomo I.

GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto. **Trattato dei diritti reali**: proprietà e possesso. Milano: Giuffrè, 2008. v.1.

GARRIDO, Tomas Rubio. **La propiedad inmueble y el mercado hipotecario**: itinerario histórico y régimen vigente. Madrid: Montecorvo, 1994.

GAUER, Ruth. A Influência da Universidade de Coimbra na formação da nacionalidade brasileira. In: REUNIÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE PESQUISA HISTÓRICA, 16., 1996, Curitiba. **Anais...** Curitiba, 1996.

GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. 6.ed. Napoles: ESI, 1996.

GIL, Antonio Hernández. **La función social de la posesión**: ensayo de teorización sociológico-jurídica. Alianza: Madrid, 1969.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha e I.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.



GOMES, Orlando. Para uma teoria humana da propriedade: do problema do ser ao problema do ter. **Revista Estudos**, Coimbra, p.315-354, jan./fev. 1951

GOMES, Orlando. A função social da propriedade. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. v.2.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.152-160.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.397-466.

GOODY, Jack. **A lógica escrita e a organização da sociedade**. Lisboa: Ed. 70, 1986.

GROSSI, Paolo. La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milano, n.17, p.359-422, 1988.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Apresentação e tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.19-29.

GUERRA JUNIOR, Celso Souza. **Negócios jurídicos à luz de um novo sistema de direito privado**. Curitiba: Juruá, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. Separata de: **Vértice**, Coimbra, n.340 e 341-342, 1972.

HESPANHA, António Manuel. A constituição do império português. revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (Org.). **O antigo regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: NOVAES, Giselda Maria F. **Direito civil**: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p.41-80.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IHERING, Rudolf von. **A teoria simplificada da posse**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

IHERING. Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Tradução da versão original em Alemão *Der zweck im recht*. por Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992.

IRTI, Natalino. **Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili**: il codice civile: convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli. Roma: Academi Nazionale dei Licei, 1994. p.245-252.

ITÁLIA. Il Codice Civile Italiano. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter\\_dictum/codciv/codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/codciv.htm)>. Acesso em: 26/05/2014.

JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. **Efeitos substantivos do registo predial – terceiros para efeitos de registo**. 985f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Críticas da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p.130-143.

KROHLING, Aloísio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. 3.ed. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto *et al.* Petrópolis: Vozes, 2004.

LIMA, Alvino. **A fraude no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2013.

LIMA, Ruy Cirme. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990.

LIPARI, Nicolò. Spirito di libertà e spirito di solidarietà. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p.1-25, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Posse no direito brasileiro**: para além do animus e do corpus. (Inédito).

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil – direito das coisas**: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad**: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Edersa, 1993.

LUCARELLI, Francesco. **Diritti civili e istituti privatistici**. Padova: Cedam, 1984.

MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: RT, 2013.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil-constitucional**: desapropriação de imóveis não funcionais. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 2.<sup>a</sup> tir. São Paulo: RT, 2000.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e realidade**: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MENDES, Isabel Pereira. **Estudos sobre registro predial**. Coimbra: Almedina, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentário à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo IV.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo VI.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado – parte especial**: direito das coisas: propriedade. aquisição da propriedade imobiliária. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo 1.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo XI.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo XXII.

MONATERI, Pier Giuseppe. **Contratto e trasferimento della proprietà**: i sistemi romanisti. Milano: Giuffrè, 2008.

MONTEIRO, João Batista. **Ação de reintegração de posse**. São Paulo: RT, 1987.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.3-20.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORIN, Edgar. **O método 5**: a humanidade da humanidade – a identidade humana. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 14.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4.ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma; reformar o pensamento. 20.ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

MUCCIOLI, Nicoletta. **Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza**. Padova: CEDAM, 2004.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

NALIN, Paulo. **Del contratto concetto postmoderno (alla ricerca della sua formulazione nella prospettiva civile-constituzionale)**. Lisboa: Juruá, 2013.

NASCIMENTO, Walter V. **Lições de história do direito**. 3.ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.221-253.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. **Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Luis Fernando Lopes. Súditos del-rey na américa portuguesa: monarquia corporativa, virtudes cristãs e ação judicial na villa de nossa senhora da luz dos pinhais de Curitiba no século XVIII. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano 172, n. 452, p.11-662, jul./set. 2011.

PERELMAN Chaïm. **À propôs de la règle du droit**. Buxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problemática della "proprietà"**. Camerino: Jovene, 1971.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.1, n.6 e 7, p.63-77, 1998/1999.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.75-86, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERNOUD, Regine. **Los orígenes de la burguesia**. Tradução de Ricardo I. Zelarayán. Buenos Aires: Compañía General Fabril, 1962.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. atual. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PONTES, Daniela Regina. **Direito à moradia**: entre o tempo e o espaço das apropriações. 213f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

POPPER, Karl. R. **A lógica da pesquisa científica**. 16.ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

PORTO, José da Costa. **Formação territorial do Brasil**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982.

PORTUGAL. **Código Civil**. 15.ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2012.

RAISER, Ludwig. **Funzione del contratto e libertà contrattuale. Il compito del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1990.

RAU, Virgínia. **Sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1946.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. A constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v.74 [Separata], p.729-755, 1998.

ROCCA, Paolo Morozzo della. Rassegna di doutrina sul princípio di solidarietà. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoles, v.1 e 2. p.301-305, jun. 1998.

RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3.ed. atual. São Paulo: LTR, 2000.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.



RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FRANK, Felipe. Revisando os direitos reais a partir de sua interface com o direito obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real e obrigacional nas relações privadas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v.32, n.63, p.133-158, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Traité de la Possession en Droit Romain**. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1893.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. Trujillo: Normas Legales, 1995.

SILVA, Alexandre Barbosa da. Tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela específica, execução imediata da sentença e a execução fundada em título provisório nos anteprojetos de reforma do Código de processo civil: uma análise inicial. In: MARINONI, Luís Guilherme; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.135-162.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.33-58.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 8.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Lúcia Osório. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da lei de 1850. Campinas: Unicamp, 1996.

SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SIQUEIRA, A. do Valle. **Código civil brasileiro anotado de acordo com a jurisprudência dos nossos tribunais**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C. Editores, 1922.

SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica (prefácio). In: RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil português. 4.ed. rev. anot. Coimbra: Almedina, 1996. p.cxv.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus termos**: dignidade humana, dignidade do mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SMITH, Roberto. **Propriedade da terra e transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus termos**: dignidade humana, dignidade pelo mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. Tradução de Marcio F. Mafra Leal. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.50-65.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensa decisão do CNJ que determinou cancelamento de matrículas imobiliárias. **Notícias STF**, 05 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185913>>. Acesso em: 28/05/2014.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. 2.ed. São Paulo: Método, 2007.

TELES, Inocêncio Galvão. Venda obrigatória e venda real. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, ano 5, p.76-87, 1948.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.2, editorial, abr./jun. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.151-175.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). **Direito privado e constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.34-46.

TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.38-41.

TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **Questões agrárias**: julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.29-44.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. Tradução de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Propriedade imobiliária e o registro de imóveis: perspectiva histórica, econômica, social e jurídica**. São Paulo: Quarter Latin, 2011.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v.89, p.11-67, 1994.

VIEIRA, José Alberto C. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. 2.<sup>a</sup> reimpr. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas 1986.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.299-322.

ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio; JABUR, Gilberto Haddad (Coords.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quarter Latin do Brasil, 2008.

ZOPINI, Andrea. Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XLVI, n.2, marzo/aprile, 2000.

**Sites consultados:**

<http://net.fd.ul.pt/legis/indice-titulos.htm>

<http://arisp.wordpress.com/2010/02/>

<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p783.htm>